Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils zweyte Abtheilung.

Zweyte durchaus verbesserte Auflage.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1807.

Vorrede
zur zweyten Ausgabe.

Auch bey dieser neuen Auflage, welche ich hier dem Publikum von dem dritten Bande meines Pandecten-Commentars übergebe, habe ich mich möglichst bemüht, theils durch Berichtigung des Ausdrucks, theils durch Verbesserungen und Zusätze, welche dieselbe in der Sache selbst erhalten hat, dem Werke noch mehr Vollkommenheit zu geben. Manche Lehre ist fast ganz umgearbeitet, wie z. B. die von der Gerichtsbarkeit, wozu mir die klassischen Schriften eines Malblank, Gönnner, Grolman und Eichmann reichen Stoff darboten. Das Ganze aber habe ich einer so strengen Prüfung unterworfen, daß fast kein Paragraph ohne Aenderung und Verbesserung geblieben ist. Eben so ist überall die neuere Litteratur nicht nur sorgfältig nachgetragen, sondern es sind auch die darin enthaltenen Belehrungen und neuen Ansichten so viel möglich benutzt. Es wird mir daher, wie ich hoffe, nicht zum Vorwurf gereichen, wenn ich hin und wieder, aus besserer Ueberzeugung, meine vorige Meinung geändert habe, wovon man S. 57.

S. 179.

S. 179. S. 180. S. 223. S. 256. S. 338. S. 356. Not. 70. S. 446. und S. 515. Not. 86. Beyspiele finden wird, wenn man die erste Ausgabe damit vergleicht. Um jedoch durch die Vermehrung des Inhalts die Bogenzahl, die gleichwohl von der ersten Ausgabe merklich unterschieden ist, nicht gar zu sehr zu vergrößern, habe ich hier manches abzukürzen gesucht, manches auch ganz weggelassen, soweit es unbeschadet der Sache geschehen konnte. Beyspiele geben der §. 205. b., welcher in dieser neuen Ausgabe ganz weggeblieben ist, und §. 247., wo alles weggestrichen worden, was über die Frage, wieweit im peinlichen Prozeß eine eidliche Caution zuläßig sey, in der vorigen Ausgabe gesagt ist. Die Menge von Verbesserungen und Zusätzen, die diese neue Auflage erhalten hat, erlaubte diesmal keinen besondern Abdruck derselben, weil sie gewiß in der Bogenzahl einen geringen Unterschied von der Auflage selbst gemacht haben würden. Uebrigens werde ich jede fernere Belehrung mit vorzüglichem Dank erkennen. Erlangen den 26. May 1807.

Lib. II. Tit. IV.

De in ius vocando.

§. 218. u. 219.

Römische *in ius vocatio*. Erläuterung der *L. 2. D. h. t.* Unterschied derselben von der *citatio*, und *litis denunciatio*.

Dieser und die folgenden Titel betreffen den Proceß, welcher bey den Römern mit der *in ius vocatio* seinen Anfang nahm [1]). Denn wer eine Klage anstellen will, sagt Justi-

1) Den römischen Prozeß erläutern vorzüglich *Iac.* RAEVARDUS in Protribunalium libro singul. *Brugis Flandror.* 1565. (Oper. *Lugduni* 1623. 8. editor. Tom. II. p. 777. seqq.) *Car.* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. *Paris* 1640. (in HOFMANNI *Historia iuris* T. II. P. II.) *Car.* SIGONIUS de iudiciis, (in EIUS Oper. *de antiquo iure pop. Rom.* Tom. II. p. 390. sqq. edit. *Lipsiae et Halae* 1715.) *Io. Sam.* STRYK in Diss. de processu iuris Rom. antiquo. *Halae* 1698. *Ant. Henr. van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante litem contestatam fiebant. *Lugd. Batav.* 1747. in *Dan.* FELLENBERGII *iurisprud. antiqua.* (Bernae 1760.) Tom. I. pag. 491. und Alex. Adam's Handbuch der Röm. Alterthümer, aus dem Engl. übersetzt von M. Meyer. Erlangen 1794. 8. 1. Th. S. 406. ff. Auch in meinen Opusculis iurid. Fasc. II. (*Erlangae* 1786.) pag. 307. sqq. findet sich eine Abhandl. *de ordine iudiciorum privatorum apud Romanos.* Ueber den heutigen gemeinen Prozeß sind als die Hauptschriften zu empfehlen Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses, vermehrt und zum Theil umgearbei-

Justinian [2]), muß zuvörderst seinen Gegner vor Gericht, das ist, vor denjenigen fordern, welcher Recht zu sprechen autorisirt ist. Diese IN IUS VOCATIO [3]) war nach den Gesetzen der zwölf Tafeln eine bloße Privathandlung des Klägers, und konnte ohne Hülfe und Mitwirkung des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni*, *in ius ambula*, *sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so

arbeitet von Nic. Thadd. Gönner. Stuttgard 1806. 8. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 1—4. Band. Zweyte vermehrte Auflage. Erlangen 1804 u. 1805. 8. Karl Grolmann's Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Zweyte Aufl. Giessen und Darmstadt 1803. 8. und Christoph Martin's Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. Zweyte Aufl. Göttingen 1805. 8.

2) *§. 3. I. de poena tem. litig.*

3) Von der römischen *in ius vocatio* handeln ausser den Commentatoren der XII. Tafelgesetze, und denjenigen, welche den römischen Prozeß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. Nr. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese *Antestatio* war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich einer Injurienklage aussetzte [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR (moretur s. frustretur), PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Nur zwey Wege gab es, wie der Beklagte dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, ausweichen konnte. Erstens, wenn sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger verglich. Zweytens, wenn ein Dritter darzu kam, welcher für den Beklagten Bürgschaft leistete. Nun mußte ihn der Kläger los lassen [6]).

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen geringe Personen eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. nr. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12 Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 13. pag. 29. und meine Opusc. Fasc. II. pag. 311.

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex et vas in Opusc. syll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Prätor für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, andere nicht wider ihren Willen, noch andere nicht ohne Erlaubniß der Obrigkeit in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis (375 Fl.), oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistråte, die zwar nicht vocationem, aber doch prehensionem hatten [10]), z. B. Tribuni plebis, und Aediles Curules [11]). Aber nicht die Quaestores.

So,

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

10) Siehe den 1sten Abschnitt dieses 3. Theils S. 23.

11) Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß diese Aediles auch von Privatpersonen hätten in ius vocirt werden können. Als SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. cap. 20. HUBER in Digress. Iustin. lib. III. cap. 22. QUINTANADUEGNAS de Iurisdictione Lib. I. Tit. IV. nr. 13. u. a. m. Allein die Stelle des GELLIUS lib. XIII. Noct. Atticar. c. 12. worauf man sich bezieht, scheint nur von den ältern Zeiten zu verstehen zu seyn. Die Worte *nunc stipati servis publicis, prehendi non possunt*, zeigen deutlich an, daß es nachher sich geändert habe. Ueberdem hatten ja auch die Aedilen das ius castigandi. *L. 12. D. de Decurion.* S. *Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior.

Sodann sollen nicht vocirt werden der Pontifex, wenn er opfert (dum sacra facit), auch diejenigen nicht, *qui propter loci religionem inde se movere non possunt.* Diese Worte sind dunkel, und werden auf verschiedene Art erklärt. Die Glosse verstehet hierunter Mönche und Nonnen, und dieser folgt auch Duaren [12]), er glaubt, hier sey ein Emblem vom Tribonian zu finden. Allein diese Meinung hat wenig Beyfall gefunden. Rävard [13]) will statt se movere lieber *semoveri* lesen, und erklärt die Stelle von denjenigen, welche zu den Freystätten der Tempel und Altäre ihre Zuflucht genommen. Leoninus [14]), dem auch Schulting [15]) beypflichtet, versteht hingegen die angeführten Worte von denen, die ein solches Priesterthum bekleideten, welches ihnen, ohne Verletzung der Religion, nicht erlaubte, sich von einem gewissen Orte zu entfernen, man denke hier an die Vestalinnen, den Flamen Dialis, Quirinalis, u. d. [16]). Nerius [17]), dessen Meinung auch

cipior. Cap. XIII. §. 6. *Ge.* D'ARNAUD in Variis coniectur. iur. civ. Lib. II. c. 10. p. 289. und ARNTZENIUS cit. Diss. cap. IV. pag. 295.

12) Commentar. ad Tit. Dig. de in ius voc. cap. 3.

13) Varior. Lib. I. cap. 6.

14) Emendat. Lib. I. cap. 20.

15) Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 6.

16) Allein die Flamines mußten nur beständig in der Stadt bleiben. LIVIUS XXIV. 8. XXXVII. 51. DRAKENBORCH ad Livium V. 52. Wie konnte aber die Stadt ein locus religiosus genennt werden? *L. pen. pr. D. de vacat. et excusat. muner.* worauf man sich beruft, will nur so viel sagen, daß Priester, die ihr Amt mit gutem Gewissen nicht verlassen können, nicht Rich=

Trotz [18]) und Püttmann [19]) angenommen haben, meinen, Ulpian rede hier von den Hütern der Grabmähler. Die Römer pflegten oft ihren Sclaven die Freyheit unter der Bedingung zu vermachen, daß sie bey ihrem Grabe eine beständige Wache halten sollten [20]). Das Wort religio scheint auch den Grabstätten vorzüglich eigen gewesen zu seyn. Allein solche Freygelassene fesselte wohl mehr der Wille des Verstorbenen, als die Heiligkeit des Orts, wie schon Lycklama van Nyholt [21]) eingesehen, und Modestin [22]) in den Worten: *officio tamen iudicis eos* (sc. libertos) *esse compellendos*, TESTATRICIS IUSSIONI *parere*, deutlich zu erkennen giebt. Voet [23]) will daher den Ulpian vielmehr von solchen verstehen, denen die Aufsicht und Verwahrung der Heiligthümer anvertraut worden, welche man Aedituos und Hierophylacos [24]) nannte; Wis=

Richter werden dürfen, womit auch *L. 32. §. 4. D. de recept. arbitr.* übereinstimmt.

17) Analect. lib. II. cap. 4. in *Thes. Otton.* T. II. pag. 394. sqq.

18) Tract. iur. de memoria propagata Lib. I. Cap. VI. §. 5. pag. 394.

19) Interpretat. et Observat. Cap. 13.

20) *L. 44. D. de manumiss. testam. L. 18. §. 4. D. de alim. et cibar. legat. L. 71. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 3. D. de sepulchro viol.* S. *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. X. §. 3. pag. 260. et *Io.* KIRCHMANN de funeribus Rom. Lib. III. cap. 22. pag. 325. sqq.

21) Membranar. Lib. VII. Eclog. 22.

22) Cit. *L. 44. D. de manumiss. testam.*

23) in Commentar. ad Digesta h. T. §. 3.

24) *L. 20. §. 1. D. de ann. legat.* S. *de* ROEHR in Otio Daventriensi lib. I. cap. 10.

Wissenbach[25]) hingegen, und Freher[26]) von denjenigen, die den Gottesdienst beywohnten, und solchen nicht eher verlassen durften, als bis der Priester Ilicet ausgerufen hatte. Diese beyden letztern Meinungen nähern sich wohl am meisten der Wahrscheinlichkeit, es verdient daher die Muthmassung des van Hees[27]), Westenberg[28]) und Arntzenius[29]) unstreitig den Vorzug, welche den Ulpian überhaupt von denjenigen verstehen, die bey dem Gottesdienst entweder aus besondern Beruf, wie z. B. sacrorum ministri, aeditui, popae, victimarii, oder auch nur aus Andacht zugegen waren[30]). Denn so wie diese den Gottesdienst nicht verlassen durften, bevor er geendigt war, so sollten sie auch nicht vor Gericht gezogen werden, damit der Gottesdienst nicht gestöret würde[31]).

 Ferner

25) in Disputat. ad Pandect. h. t. Thes. 9.

26) Παρεργῶν s. Verisimil. lib. II. cap. 18. in *Thes. Otton.* T. I. pag. 930.

27) in Dissertat. alleg. Cap. II. §. 19.

28) in Digestis h. t. § 21.

29) Dissertat. ad L. 2. D. h. t. Cap. VI. pag. 311. Dieser Meinung stimmt auch *Herm.* CANNEGIETER in Observat. iuris Rom. lib. II. cap. 3. pag. 149. bey.

30) Daß das Wort *religio* auch von locis sacris gebraucht werde, beweißt *L. 2. §. 19. D. ne quid in loco publico* und *religio templi* sagen CURTIUS X. 9. in fin. IUSTINUS XXXIX. 1. 8. TACITUS *Histor.* I. 40.

31) Sehr sinnreich ist die Erklärung des Herrn Prof. Woltärs in der Hallischen jurist. Bibliothek. 2. Versuch. (Thorn 1794.) S. 182. welcher *religio loci* von denen erklärt, die pflichtenhalber einen Ort nicht verlassen dürfen, der Grund mag in der

Ferner sollen auch nicht vor Gericht gefordert werden, *qui equo publico in causa publica transvehuntur.* Ueber den Sinn dieser Worte sind ebenfalls die Ausleger nicht einverstanden. Einige halten dafür, Ulpian habe hier auf den feyerlichen Triumpheinzug gesehen, den die römischen Ritter alle Jahr in das Capitolium zu halten pflegten. Diese wollen daher statt *in causa publica*, in Capitolium lesen [32]). Andere meinen, die Worte Ulpians seyen auf den Census oder die Musterung (Reveue) der römischen Ritter zu deuten, welche auch *Transvectio* genannt, und Anfangs von den Censoren, hernach von den Kaisern gehalten wurde. Diese lesen statt in causa publica, *in censu publico* [33]). Daß bey dieser Reveue kein Ritter habe in ius vocirt werden können, bemerkt auch Sueton [34]) als ein besonderes Privilegium, welches Kaiser August den Rittern ertheilt hat. Allein wahrscheinlich redet wohl Ulpian nicht von jenen Rittern **allein**, sondern scheint vielmehr alle diejenigen überhaupt gemeint zu haben, welche sich eines gemeinen und öffentlichen Pferdes in irgend einer öffentlichen Angele-

gen.

der Beschaffenheit des Orts, oder in dem Verhältniß liegen, in welchem Jemand mit seinem Mitmenschen stehet, oder in der Religiosität des Menschen u. s. w. liegen. Die Worte könnten also auch auf eine **Schildwache** angewendet werden.

32) *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad Pandect. h. t. pag. 69. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 29. *Iac.* RAEVARDUS Varior. lib. II. cap. 15.

33) *Franc.* HOTTOMANNUS Observation. lib. III. cap. 21. *Car.* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. Cap. 20. *Pet.* PERRENONIUS in Animadversion. et variis Lectionib. Lib. I. Cap. XVII. in *Thes. Otton.* T. I. p. 614.

34) in *vita Augusti* c. 38.

genheit bedienten. Diese sollen durch keine Ladung vor Gericht in ihrem Geschäft aufgehalten und gehindert werden [35]). Für diese Erklärung spricht wenigstens der natürliche Verstand der Worte, und auch die Basiliken bestätigen sie [36]). Daher auch die meisten Rechtsgelehrten sie annehmen [37]). Ein gleiches Vorrecht wird weiter denen zugestanden, welche eine Heyrath vollziehen, nicht weniger den Richtern Iudicibus pedaneis, Centumviris etc. [38]), wenn sie in Untersuchung eines Rechtshandels begriffen sind. Auch soll Niemand, welcher Geschäfte halber im Gerichte

35) Daß zu öffentlichen Angelegenheiten Pferde auf Kosten des Staats unterhalten worden sind, die man *equos publicos* auch *cursuales*, *veredos*, nannte, ist eine bekannte Sache. Die Erlaubniß, sich derselben zu bedienen, hieß *Evectio*, und wurde durch ein *diploma* ertheilt. *L. 157. D. de Verb. obl.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentario ad Cod. Theod. tit. de cursu publico, und BERGIERIUS de viis militaribus lib. IV. c. 12.

36) *Lib. VII. Tit. 8.* wo die Worte Ulpians folgendergestalt erklärt werden: Τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ὁδεύοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ: d. i. *neque eum, qui propter publicam causam cursu publico transvehitur.*

37) *Marqu.* FREHER in Parergis Lib. II. cap. 18. *Io.* CORASIUS in Miscellaneis Lib. I. cap. 11. pag. 29. *Io. Erhard.* KAPP in Diss. de annua equitum Rom. transvectione et de eorundem recognitione seu censura. *Lipsiae* 1734. Cap. II. §. 30. *van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante lit. contest. fiebant. Cap. II. §. 22. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 6. und ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. VII. pag. 317.

38) S. den 1sten Abschnitt dieses 3ten Bandes §. 190. S. 65. ff.

richte ist, seiner eigenen Schuld wegen vocirt werden; Ulpian sagt: *dum quis apud Praetorem causam agit* [39]). Diesen fügt endlich Ulpian auch noch diejenigen bey, welche mit Bestattung oder Begleitung einer Leiche zu thun haben [40]), oder auch den Gedächtnißtag eines Verstorbenen feyern. Denn auch diese Gedächtnißfeyer wird unter dem Ausdruck *iusta facere* begriffen [41]).

In dem andern Theile seines Edicts verordnete der Prätor, daß weder Eltern noch Patrone, und überhaupt solche Personen, denen man eine besondere Ehrerbietung zu erweisen schuldig ist, ohne obrigkeitliche Erlaubniß, nicht vor Gericht gezogen werden sollen [42]). Konnte der Kläger den Be-

39) S. Woltär a. a. O. S. 182.

40) Die Redensart *iusta facere* heißt nicht blos, wie die Gloße selbige erklärt, corpus lavare defuncti, sondern illa praestare quae curando cadaveri, funeri adornando et exsequiis parandis erant necessaria, wie Arntzenius in cit. Diss. Cap. VIII. S. 326. ausführlich zeigt. Die Römer pflegten gewöhnlich ihre Todten erst am neunten Tage zu beerdigen, wie GUTHERIUS de iure manium Lib. I. cap. 16. und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Papp. lib. III. cap. 2. erwiesen haben. War der Leichnam am neunten Tage begraben, so geschahe am folgenden Tage die Lustration, und dann wurden die feriae denicales gefeiert, welche auch drey Tage dauerten. Während dieser ganzen Zeit durfte nun Niemand vocirt werden. S. TROTZ de memoria propagata pag. 527.

41) S. ARNTZENIUS in Specimine Observationum (*Leovardiae* 1761. 8.) Cap. VII. p. 38. sqq. und GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 11.

42) *L. 4. §. 1. D. L. 13. D. h. t. L. 1. C. eod. L. 7. §. 4. D. de obsequ. parent. et patron. praest.*

Beklagten nicht habhaft werden, er hielt sich z. B. beständig zu Hause, denn niemanden durfte man aus seinem Hause vor Gericht schleppen[43]), so mußte die Ladung durch den Executor oder Gerichtsdiener oder durch öffentlichen Anschlag (Edictum) bewirket werden[44]). Diese öffentliche oder gerichtliche Ladung durch den Executor scheint in der Folge das gewöhnliche Mittel geworden zu seyn, dessen sich die Vornehmern bedienten, wenn sie an Jemand etwas zu fordern hatten[45]). Die Privatvocation ist indessen niemals durch ein ausdrückliches Gesetz aufgehoben worden, sondern nur nach und nach ist sie abgekommen. Ja noch zu Justinians Zeiten muß es den Klägern erlaubt gewesen seyn, sich derselben zu bedienen, weil nicht zu glauben ist, daß die Verfasser unserer Pandecten von einer blossen Antiquität so ausführlich gehandelt haben würden[46]). Von der vocatio in ius war übrigens sowohl die *citatio* als *litis denunciatio* verschieden. Wenn nämlich der Prätor, oder der iudex pedaneus im Gerichte eine vorbeschiedene Parthey aufrufen ließ, um jetzt vorzutreten, und zu han-

43) *L. 18. D. h. t.* — quia domus tutissimum cuique refugium et receptaculum est, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferri videri. Add. CICERO *pro domo* cap. 41.

44) *L. 75. D. de iudic.*

45) *§. 24. 25. 26. I. de action. L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocat. L. 5. L. 82. D. de iudic. L. 25. Cod. de Episcop et cleric. L. 3. L. 7. C. de praescr. 30. vel. 40. annor. L. 3. C. de annal. except.* u. *L. 5. C. de ingen. manum.*

46) Eben so denken VULTEIUS in Disceptat. schol. pag. 23. SLEVOGT in cit. Dissertat. pag. 30. und *van* HEES in cit. Dissertat. Cap. II. §. 35. Allein ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. II. in fin. pag. 271. ist anderer Meinung.

handeln, so hieß das *Citatio*[47]). Wenn hingegen der Kläger den Beklagten durch das Gericht schriftlich ankündigen ließ, daß er ihn belangen werde, so hieß dieses *litis denunciatio*[48]).

Nach dem neuern Römischen Rechte pflegte der Kläger seine Klage schriftlich im Gericht zu übergeben, die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift (libellum conventionis) durch den Gerichtsboten (viatorem, s. executorem litis) dem Beklagten, mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, insinuiren. Der Beklagte mußte den Klaglibell unterschreiben, mit Bemerkung der Zeit, wenn ehe ihm derselbe zugestellet worden, und dem Gerichtsdiener die Insinuationsgebühren bezahlen, die sich nach dem Gegenstand der Klage richteten[49])

§. 220.

47) *L. 7. D. de restitut. in integr.* Man sehe hiervon *Barn.* BRISSONIUS de Formul. et solemnib. pop. Rom. verbis Lib. V. Nr. CXCI. Ebenderselbe de Verbor. significat. voc. *citare.* DUARENUS Disputat. anniverſ. Lib. I. c. 7. Die Citation geschahe also nicht bloß, wie WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 31—33. behauptet, coram iudice pedaneo. Daß auch die Centumviral-Richter in den ihnen übertragenen Sachen die Partheyen citirten, d. i. dieselben zur Verhandlung ihrer Sachen aufforderten, beweißt *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 28. pag. 509.

48) Nicht nur in den Gesetzen der Pandecten geschieht derselben Erwähnung, *L. 7. D. de inoff. testam.* L. 20. *§. 11. D. de hered. petit.* sondern es kommt auch in Cod. Theodos. lib. II. ein ganzer Titel (Tit. IV.) *de litis denunciatione* vor. Add. *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sent.* Von dieser habe ich in meinen Opusc. Fasc. II. S. 356. ff. ausführlich gehandelt.

49) *Nov. LIII. cap. 3. Nov. CXII. cap.* 2. §. 24. *I. de actionib.* Conf. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

§. 220.

Heutiger Gebrauch der römischen in ius vocatio. Von welcher Handlung nimmt der Proceß h. z. T. seinen Anfang?

Nach der heutigen Gerichtsverfassung geschieht die Vorladung des Beklagten gewöhnlich durch Verfügung des Richters, und wird *Citatio* genennt. Die römische in ius vocatio privata findet daher in der Regel nicht mehr statt, und von dem Edict des Prätors, worin er einige Personen gar nicht, andere nicht ohne seine Erlaubniß vor Gericht zu fordern verordnete, ist ebenfalls kein Gebrauch zu machen. Man kann daher nach heutigem Rechte nicht nur obrigkeitliche Personen während ihres Amts vor Gericht belangen, sondern auch Eltern können vor Gericht geladen werden[50]). Das bey den Römern nöthige Gesuch um Erlaubniß fällt, in so fern die Citation durch den Richter verfügt wird, von selbst weg[51]). Wozu also die Bemerkung der Verwandschaft des Klägers mit dem Beklagten, und der dem letztern schuldigen Ehrerbietung, in der Klagschrift? welche Stryk[52]) und Böhmer[53]) noch heutiges Tages für nöthig halten wollen, deren Meinung Wernher[54]) gründlich widerlegt hat. Wie aber, wenn ein Kläger heut zu Tage dennoch seinen Gegner, ohne Mitwirkung der Obrigkeit desselben, vor

50) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. LAUTERBACH in Coll. Pandect. Theor. pract. h. t. §. 14.

51) S. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 5. et sqq.

52) in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 2.

53) in doctrina Digest. h. t. §. 3.

54) in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

vor Gericht gefordert hätte? Man unterscheide, der Kläger war entweder in Gefahr, das Seinige zu verlieren, weil der Schuldner im Begriff war, sich auf die Flucht zu begeben, oder nicht. Im ersten Fall findet, nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten, auch noch heutiges Tages die in ius vocatio privata statt, und es ist für keine strafwürdige Selbsthülfe anzusehen, wenn auch der Gläubiger seinen Schuldner obtorto collo vors Gericht geschleppt hätte[55]). Im andern Fall hat der Kläger entweder Gewalt gebraucht, oder nicht. In jenem Falle verdient die Thathandlung des Klägers Ahndung, in diesem aber ist der Beklagte entweder dem Rufe des Klägers zu Folge gutwillig vor Gericht erschienen, oder nicht. Im erstern Falle hat der Beklagte durch sein Erscheinen die Handlung des Klägers genehmiget, und die Einrede einer nicht gehörig geschehenen Citation findet nicht statt[56]); im letztern Fall hingegen ist die geschehene Vocation ohne Wirkung, und der ausgebliebene Gegner kann keines Ungehorsams beschuldigt, aber auch der Kläger nicht iniuriarum dieserhalb belangt werden, da der Antrag desselben an den Beklagten, mit ihm vor Gericht zu gehen, an sich für keine unerlaubte Handlung angesehen werden kann[57]).

Hier-

55) GAILL in Observat. pract. Lib. II. Obs. 44. COCCEJI in Iure civ. controv. cit. loc. Qu. 2. in fin. SLEVOGT in Diss. de in ius vocatione antiqua et nova pag. 30. Add. *L. 10. §. 16. D. quae in fraud. creditor.*

56) *Quia citationis effectus est comparitio, et ideo sufficit, reum comparuisse, nec ei prodest, si alleget, se illegitime citatum.* S. MYNSINGER in Observat. Cameral. Centur. II. Obs. 18.

57) SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 31. sq.

Hieraus läßt sich nun auch die Frage entscheiden, von welcher Handlung heutiges Tages der Proceß seinen Anfang nehme[58]? In der Regel fängt sich der Proceß mit dem Anbringen der Klage an, es mag nun solches mündlich oder schriftlich geschehen[59]). Wenn in dem cap 1. X. de libelli oblat. gesagt wird: *iudex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius libellum in scriptis offerat*, so ist dieses von dem ordentlichen bürgerlichen Proceß zu verstehen, in welchem die Klage schriftlich angebracht werden muß[60]). Denn im summarischen Proceß kann das Anbringen der Klage auch mündlich geschehen[61]). Auf dieses Anbringen des Klägers folgt erst die Citation des Beklagten.

§. 221.

Begriff der heutigen Citation.

Unter Citation oder richterlicher Ladung wird heut zu Tage im weiten Sinn jede gesetzmäßige Verfügung des competenten Richters begriffen, welche zu dem Ende geschieht, um das Vorbringen einer Parthey ihrem Gegner zur Kenntniß zu bringen, und diesen hierdurch in den Stand zu setzen, daß er sein Recht dagegen vertheidi-

ge.

58) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. *Vitemb.* 1778.

59) Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 165.

60) *I. H.* BOEHMER in iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. III. §. 2. *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 559. sqq. Hr. Hofr. Oeltze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 66.

61) *Clement.* 2. *de Verb. Signif.*

ge[62]). Insbesondere aber versteht man darunter den Befehl des zuständigen Richters, daß Jemand in Person oder durch einen genugsam legitimirten Bevollmächtigten, zu oder binnen einer gewissen Zeit, vor Gericht erscheinen, und daselbst eine ihm auferlegte bestimmte Handlung vornehmen solle[63].

§. 222.

Eintheilungen derselben.

Die Citation ist nun, wenn wir auf die Art und Weise sehen, wie sie geschiehet, sehr verschieden. Man theilt sie in die ordentliche und die außerordentliche ein. Erstere wird diejenige genennt, welche vermittelst einer bloßen Insinuation demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, wörtlich, und zwar entweder mündlich oder schriftlich, bekannt gemacht wird; letztere aber ist diejenige, welche außer der Ordnung durch Verhaftnehmung des Vorzuladenden, oder durch eine öffentliche Bekanntmachung geschieht. Die außerordentliche Citation ist daher wieder von zweyerley Art, entweder die Realcitation oder die öffentliche Ladung[64]).

Erstere

62) S. Danz Grundſ. §. 93. Not. c.

63) S. *Io. Tob.* REINHARDT potissima capita et cautelae ex doctrina de citatione. *Erf.* 1731. *Car. Lud.* BERGER Diss. de citatione. *Argentor.* 1779.

64) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de citatione extraordinaria. *Ienae* 1704.

Erstere[65]), welche durch persönliche Arretirung des Vorzuladenden geschieht, ist in peinlichen Fällen wegen eines gegründeten Verdachts erlaubt; in Civilfällen aber findet sie nur wegen eines beharrlichen Ungehorsams, oder wegen eines Verdachts der Flucht Statt, oder wo sonst persönliche Gegenwart, wie z. B. im Wechselprozeß, erforderlich ist[66]).

§. 223.

Ausserordentliche Verbal- oder öffentliche Ladung. Besondere Ursachen der Edictalcitation.

Die andere Art der ausserordentlichen Ladung ist die öffentliche. Sie kann auf verschiedene Art geschehen, und es hängt von den Umständen und dem Ermessen des Richters in den vorkommenden Fällen ab, wie die Publication am zweckmäßigsten geschieht. Sie kann nämlich entweder mündlich geschehen, durch ein Ablesen von der Kanzel in den Kirchen, oder durch einen Herold nach vorhergegangenem Trommelschlag, oder Läutung der Glocken, auf öffentlichen Plätzen; oder schriftlich durch Einrückung in öffentliche Blätter, z. E. in die Zeitungen oder In-

65) S. *Frid.* POSNER Decisiones de citatione reali. *Lips.* 1704 *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. sieht die Realcitation bloß als ein remedium praecavendi an, ne in ius vocatio effectu careat, und verwirft daher diese Eintheilung; allein, wie mich dünkt, ohne hinreichenden Grund.

66) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts. 2. Th. §. 646. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 18. sqq. WERNHER in lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 96.

Intelligenzblätter, oder durch einen öffentlichen Anschlag in drey verschiedener Herren Landen oder doch in drey verschiedenen Gerichtsbezirken. Diese letztere Art der öffentlichen Ladung wird eine Edictalcitation [67]) genennt. Eine solche öffentliche Ladung ist nur, als Ausnahme von der Regel, dann erlaubt, wenn die Privatladung unanwendbar ist. Die besondern Ursachen einer Edictalcitation [68]) sind von dreyerley Art:

1) wenn die Namen der zu Citirenden unbekannt sind. Dieß ist der Fall

a) bey Gläubigern, wenn ein Concurs eröffnet wird [69]), oder wenn der Erbe die Erbschaft mit der Wohlthat des Inventariums antritt, und ihm daran liegt, zu wissen, was für Schulden der Verstorbene hinterlassen hat, um bey sich überlegen zu können, ob er die Erbschaft behalten, oder lieber an die Gläubiger abtreten solle [70]).

b) Bey

67) S. *Iust.* BARCKHAUSEN Diss. de citatione edictali. *Marb.* 1680. *Petr.* SCHULZ Diss. eiusd. arg. *Francof.* 1698. et *Godofr. Reinh.* KOESELISII Dissertat. praeside *Geb. Christ.* BASTINELLERO def. *Vitemb.* 1718.

68) Vergl. *Andr. Aug.* HERING Diss. de caussis citationis edictalis praes. *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL def. *Vitemb.* 1791. 4.

69) Bekannte Gläubiger werden durch eine an sie gerichtete Privatcitation zusammenberufen, aber unbekannte durch Edictalien. S. *Ioach.* FRICK Diss. de edictali creditorum citatione, vulgo proclamate. *Kilonii* 1729. Hrn. von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger. 2. Absch. 1. Abth. §. 15. ff. von Cramer Wetzlar. Nebenstunden Th. XI. S. 1. und Th. XXII. S. 127. ff.

70) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decis. P. I. Resp. IX. nr. 10. sqq. Es können jedoch diejenigen Gläubiger, die sich in dem

b) Bey Erben, wenn sie unbekannt sind, und entweder die Frage ist, ob die Verlassenschaft des Verstorbenen dem Fiscus zugefallen sey, oder ob ausser denen, die sich bereits zur Erbschaft gemeldet haben, noch mehrere gleich nahe oder vielleicht noch nähere Erben vorhanden sind. Es kann indessen die Wirkung der Präclusion in diesen Fällen nicht eintreten, weil die Erbschaftsklage erst in 30 Jahren verjährt wird, und diese den Erben in den Gesetzen vergönnte Zeit durch eine Edictalcitation keineswegs beschränkt werden kann [71]).

 2) Wenn

dem peremtorischen Termin nicht gemeldet haben, deswegen mit ihren nicht angebrachten Forderungen nicht schlechthin ausgeschlossen werden, sondern es kommt, wie *Frid. Es. a* PUFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 86. §. 4. erinnert, darauf an, ob der Erbe in lucro sich befindet, oder nicht, weil die Edictalcitation blos zur Sicherheit und Schadensverhütung des Erben, nicht aber zum Behuf eines Gewinnes verfügt wird, und überdem Niemandem die ihm in den Gesetzen vergönnten Klagefristen beschränkt werden können. (S. 6. Th. §. 532. S. 483.) Die Präclusion kann daher den Gläubigern, die sich nicht gemeldet haben, nichts schaden, wenn der Erbe noch Etwas von der Erbschaft besitzt, woraus sie ihre Bezahlung erhalten können. S. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellanae Tom. I. Decis. 2. Die Edictalcitation, und der in Gemäßheit derselben ergangene Präclusionsbescheid kann hingegen den Beneficialerben wenigstens gegen alle weitere Ansprüche der Gläubiger sicher stellen, um nichts aus seinem eigenen Vermögen weiter bezahlen zu dürfen; und sie ist daher besonders, um gegen die actio tributoria utilis gedeckt zu seyn, allerdings als eine nützliche Vorsicht anzurathen. S. Woltärs Hallische jurist. Bibliothek. 2. Versuch S. 183.

71) S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 106. pag. 165. sqq. und von Trützschler a. a. a. 3. Abschn. §. 17. S. 140. f.

2) Wenn zwar der Name des Vorzuladenden, aber nicht der Aufenthalt und Wohnort desselben bekannt ist. Dies ist der Fall bey Vagabunden, welche nirgends einen gewissen und beständigen Wohnsitz haben, auch an dem Orte, wo man sie belangt, nicht angetroffen werden [72]); deßgleichen bey Verschollenen, welche nicht eher, als nach geschehener Edictalcitation, für todt erklärt werden können [73]). Ferner im Desertionsprozeß wider einen entwichenen Ehegatten [74]), auch bey entflohenen Verbrechern [75]) u. d.

3) Wenn

72) Z. B. wenn die Klage in foro rei sitae, oder in foro originis, oder an dem Orte angestellet wird, wo der Vagabunde sonst sein domicilium hatte. S. BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. T. IV. §. 1. Not. 6. Die Edictalcitation ist an den Orten anzuschlagen, wo man vermuthen kann, daß der Vorzuladende am ersten Nachricht davon erhalten werde, die Rechtsgelehrten sagen, *ubi solitus est vagabundus conversari.* S. GAILL lib. I. Obs. 57. nr. 4. CARPZOV lib. II. Resp. 25. nr. 10. et 11. BASTINELLER cit. Diss. §. 6. et 7. Uebrigens ist bey Erlassung einer solchen Edictalcitation dem Richter alle Behutsamkeit zu empfehlen, damit er nicht aus Uebereilung Jemand für einen Vagabunden halte, der diesen Namen nicht verdient. Nam nemo praesumitur vagabundus. THOMASIUS in Tr. de vagabundo s. eo, qui est sine domicilio. Cap. II. §. 127. sqq.

73) S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de citatione edictali in hereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione. *Lipsiae* 1791. und vorzüglich Joh. Christ. von Quistorps rechtl. Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit. 1. Th. Bemerk. 16. S. 76. ff.

74) *Sam.* STRYK in Diss. de desertione coniugum malitiosa §. 38. CARPZOV in Iurisprud. eccles. s. consistor. Lib. III. Tit. V. def. 62. Ist der Aufenthalt des Entwichenen bekannt, so findet nur eine Privatladung Statt. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCXIV. med. 2.

75) BASTINELLER cit. Diss. §. 18—20.

3) Wenn zwar beydes, Name und Aufenthalt des Vorzuladenden, bekannt ist, aber die Privatladung nicht wohl insinuirt werden kann. Dahin gehört, wenn der Vorzuladende die Einhändigung der Privatcitation auf alle mögliche Art zu hindern sucht [76]), oder wenn eine auswärtige Gerichtsobrigkeit, auf geschehene Requisition des ordentlichen Richters, die gebetene Citation zu besorgen, oder dem Vorzuladenden einhändigen zu lassen, ohne rechtmäßige Ursache verweigert [77]). Wäre der requirirte Richter, welcher die Einhändigung der Ladung zu besorgen verweigert, mit dem requirirenden in

76) *Cap. 10. X. de dolo et contum. Clem. 1. de iudiciis.* Zwar meint GAILL lib. I. Obs. 55. nr. 4. daß in diesem Falle die Ladung für insinuirt zu halten, und der Richter, ohne eine Edictalcitation zu verfügen, sogleich zum Definitiverkenntniß zu schreiten berechtigt sey; allein die Gesetze verordnen hier die Edictalcitation als ein weit sichereres Mittel. Diesem ist auch *Clem. 2. Ut lite pendente nihil innov.* nicht entgegen, denn vermöge dieser Verordnung soll nur zur Bewirkung einer Rechtshängigkeit citatio pro insinuata gehalten werden, si per citandum factum est, quominus ea ad notitiam eius perveniret. S. ALTESERRA in libros Clementinar. Commentarios lib. II. Tit. 5. pag. 48. *edit. Halensis.* und BASTINELLER cit. Diss. §. 13. Sollten etwa in der Abwesenheit des Vorzuladenden bloß desselben Dienstboten die Insinuation der Ladung zu behindern suchen, so muß der Richter vor allen Dingen die Zurückkunft des Abwesenden abwarten, und die Privatladung wiederholen, ehe er zur Edictalcitation schreiten darf. S. HERING cit. Diss. §. 6. pag. 56.

77) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 5. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXII. medit. 5. Struben in den rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 189.

eben demselben Territorium und folglich eben demselben Oberrichter unterworfen, so findet eigentlich keine Edictalcitation Statt, sondern Requirent muß sich an den Oberrichter wenden, und diesen bitten, daß er den requirirten Richter zu seiner Schuldigkeit mit gebührendem Zwang anhalte [78]), es wäre denn, daß auch der Oberrichter seine Hülfe versagte, in welchem Falle der requirirende Richter doch noch zur Edictalcitation schreiten kann [79]). Auf jeden Fall ist es indessen, ehe man damit wirklich verfährt, rathsam und billig, die Requisition nochmals zu wiederholen, und dabey dem requirirten Richter zu erkennen zu geben, daß man bey fernerer Verweigerung der zu verfügen gebetenen Ladung, sich der Edictalcitation unfehlbar bedienen werde [80]). Zu dieser dritten Classe von Ursachen wird in dem canonischen Recht [81]) auch noch die gerechnet, wenn der Aufenthalt des Vorzuladenden nicht sicher genug ist, um ihm selbst die Ladung ohne Gefahr behändigen zu lassen. Man versteht dieß gewöhnlich von solchen Fällen, wenn an dem Orte, wo der Vorzuladende sich befindet, Krieg ist, oder die Pest graßirt [82]). Allein Krieg und Pest geben an sich der Edictalcitation keinen Platz, sondern es scheint wohl,

78) GRIEBNER in Princip. processf. iudic. Lib. I. Cap. I. Sect. II. §. 6. not. d. HERING cit. Diff. §. 6. pag. 57.

79) ENGAU in Decif. P. I. Dec. 510.

80) BARTH in Hodegeta for. Cap. I. §. 14. HERING in Diff. cit. pag. 58.

81) *Clem. 1. de iudic. Clem. un. de foro comp. Clem. 3. de elect. Cap. 13. de offic. deleg. in 6to.*

82) STRYK Introduct. ad praxin for. Cap. IV. §. 3. BASTINELLER cit. Diff. §. 11.

wohl, wenn wir die angeführten Stellen des canonischen Rechts mit einander vergleichen, eigentlich der Fall gemeint zu seyn, wenn die eigene Macht oder Bosheit des Vorzuladenden den Ort seines Aufenthalts unsicher, und daher die Einhändigung der Ladung gefährlich macht [83]). Endlich behauptet man noch, daß wenn die Insinuation einer Privatladung mit zu großer Beschwerlichkeit verknüpft wäre, z. B. wegen großer Zahl der Vorzuladenden, welches der Fall beym Concurs der Gläubiger seyn kann, oder wegen zu weiter Entfernung des Wohnorts der Vorzuladenden, eine Edictalladung sofort verfügt werden könne [84]). Allein die bloße Beschwerlichkeit in Behändigung einer Privatladung ist an sich zur Erlassung der Edictalen nicht für hinreichend zu halten; da die Edictalcitation nur als eine subsidiarische angesehen wird, welche anders nicht Statt findet, als wenn es unmöglich ist, daß die ordentliche Ladung Platz greife; zumal, da jene Art der Citation gewissermassen pro ignominiosa gehalten wird, und daher bey Personen, deren Aufenthalt bekannt ist, keinesweges angewendet werden darf [85]). Uebrigens kann ein jeder Richter, er sey ordentlicher oder ein delegirter, ein Ober- oder Unterrichter, edicta-

83) S. GAILL in Observat. pract. Lib. I. Cap. 57. nr. 2. und HERING cit. Diss. pag. 59.

84) BARCKHAUSEN cit. Diss. de citat. edict. §. 24. MEVIUS Part. VIII. Decis. 251. nr. 3—5. BASTINELLER cit. Diss. §. 12.

85) Eben so urtheilt der Verfasser der angef. Abhandl. über die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger. (Leipzig 1781. 8.) 2. Abschn. 1. Abtheil. §. 18. Siehe auch HERING cit. Diss. pag. 60.

edictaliter citiren, sofern er in der Sache, in welcher eine solche Citation zu erlassen ist, den Vorzuladenden, wenn nur dieses möglich gewesen wäre, privatim hätte citiren können [86]). Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten diese Befugniß den Unterrichtern und Commissarien schlechthin absprechen wollen [87]).

§. 224.

Verschiedene Arten der ordentlichen Ladung.

Die **ordentliche Citation**, welche demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, selbst mit Worten bekannt gemacht wird, kann entweder eine **mündliche** oder **schriftliche** seyn. Die erstere findet in dem summarischen, die letztere aber in dem ordentlichen Prozeß Statt. Jedoch werden angesehene Personen, ohne Unterschied der Sachen, jederzeit schriftlich vor Gericht geladen [88]). Bey mündlichen Ladungen ersetzt den Abgang des schriftlichen Aufsatzes eine kurze Registratur zu den Acten, welche die geschehene Ladung enthält [89]).

86) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Progr. de iudice edictaliter citante. *Vitemb.* 1791. 4.

87) Z. B. MARANTA in Specul. aur. P. VI. Tit. de citat. nr. 82. GAILL lib. I. Obs. 57. nr. 13. RULANT de Commissar. P. I. lib. V. cap. 3. nr. 26. Allein *L.* 2. *D. de iurisdict.* und die *Avth.* Qui semel *Cod. quomodo et quando iudex.* widerlegen diese Träume von selbst.

88) **Nettelbladts** Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 559.

89) **Danz** Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 97.

§. 225.

Nothwendigkeit und Zweck der Ladung. Besondere und allgemeine Citation.

Die Vorladung des Beklagten ist nun in einer jeden Prozeßart unumgänglich nöthig. Denn der Zweck eines jeden gerichtlichen Verfahrens ist, daß jeder Theil bey seinem Rechte durch die richterliche Hülfe geschützt werde. Ungerecht würde es daher seyn, wenn der Richter die Rechtsverhältnisse unter zwey verschiedenen Partheyen nach dem einseitigen Vorbringen des einen Theils bestimmen, und den andern ohne rechtliches Gehör verurtheilen wollte[90]). Die Citation darf also, ohne unheilbare Nichtigkeit zu veranlassen, der Regel nach niemals unterlassen werden[91]),

 wenn

90) *L. 5. pr. D. de poenis. L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sentent. proferre deb. Cap. 8. X. de maior. et obed.*

91) *L. 1. §. 3. D. Quae sentent. sine appellat. L. 4. C. de sentent. et interlocut. iudic.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 66. behauptet sogar, daß nicht einmal ein zu Gunsten des nicht Vorgeladenen gefälltes richterliches Erkenntniß gültig sey. Cum ea, quae contra leges gesta sunt, nulla sint, nec ob privatam personae singularis utilitatem soleant convalescere. Allein die von ihm angeführte *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sentent. profer. deb.* redet eigentlich nur davon, si quae statuuntur ADVERSUS ABSENTES non per contumaciam, scilicet denunciationibus nequaquam ex more conventos. Ein solches Urtheil wird nicht gültig, wenn auch gleich der Verurtheilte, nachdem er Wissenschaft davon erhalten, kein Rechtsmittel dagegen eingewendet hätte. Das angeführte Gesetz sagt: iudicatae rei firmitatem non obtinere, certum est. Diesem ist *L. 3. C. eodem* nicht entgegen, denn dieses Gesetz ist von einem solchen Falle zu verstehen, da der Verurtheilte vorher gehörig citirt worden, allein

wenn gleich der Richter vermuthen könnte, daß der Vorzuladende es ohnehin wissen werde, was seinetwegen vor Gericht geschehen soll. Denn Niemand ist verbunden, ohne vorgängige Ladung, vor Gericht zu erscheinen. Allein deswegen will dennoch unser Verfasser die Ladung nicht, wie man insgemein dafür hält, zu den wesentlichen Bestandtheilen des Processes rechnen [92]), weil es Fälle giebt, wo sie, der Gültigkeit des gerichtlichen Verfahrens unbeschadet, unterlassen werden kann [93]). Dahin gehört **einmal**, wenn der Beklagte freywillig, ohne vorgängige Ladung, vor Gericht erscheint, und auf die Klage antwortet [94]). **Zweytens**, wenn Gefahr auf dem Verzug haftet [95]), oder das An-

allein sich abwesend befand, und auch keinen Procurator hinterlassen hatte. Hieraus konnte der Richter wenigstens einen Ungehorsam präsumiren, und wider den Abwesenden erkennen. Unter diesen Umständen aber darf freylich der Verurtheilte, sobald er von dem Erkenntniß wider ihn Nachricht erhalten, nicht schweigen. S. SICHARDI Praelect. in Cod. h. L. BRUNNEMANN Commentar. ad Codic. ead. L. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſeri* meditat. ad Pandect. Tom. V. Faſc. I. Obſ. 764.

92) Unserm Verf. stimmt auch *Chr. Gottl.* BIENER in Syſtem. proceſſus iudiciarii. Tom. I. §. 56. Obſ. 1. pag. 124. bey.

93) *Chriſt.* WILDVOGEL Diſſ. de citatione ad Proceſſum non neceſſaria. *Ienae* 1713.

94) MEVIUS in Deciſion. Tom. I. P. V. dec. 140.

95) Z. B. in poſſeſſorio ſummariiſſimo, wo zu besorgen, daß es zu Thätlichkeiten kommen möchte. S. MEVIUS Tom. I. P. II. Deciſ. 237. Denn ausser diesem Falle ist die Ladung auch in poſſeſſorio ſummariiſſimo nicht zu unterlassen. *de* BERGER in Electis proceſſus poſſeſſorii §. 5. pag. 91. **Estors** Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 4. Th. §. 158. S. 93.

Anbringen des Klägers ganz klar, und die Handlung des Beklagten, worüber sich der erstere beschwert, auf keine Weise zu rechtfertigen ist; in welchen Fällen der Richter Befehle erlassen kann, ohne denjenigen, wider welchen sie ergehen, vorher zu hören, welche man mandata sine clausula nennt [96]. Alles dessen ungeachtet läßt sich dennoch nicht bezweifeln, daß die Ladung des Beklagten zu den wesentlichen Stücken des Prozesses gehöre. Man unterscheide nur mit Grolmann [97]) zwischen den absolut wesentlichen und bedingt wesentlichen Theilen des Verfahrens, denn nur zu den letztern ist die Vorladung zu zählen [98]). Die Citation ist jedoch nicht nur überhaupt in jedem Prozeß nöthig, sondern sie muß auch zu jeder einzelnen dazu gehörigen, und von den Partheyen zu besorgenden gerichtlichen Handlung geschehen [99]). Denn der Zweck einer jeden Ladung ist nicht bloß der, daß der Geladene vor Gericht erscheine, sondern daß er sich auch zu dem daselbst vorzunehmenden Geschäft gehörig vorbereiten könne [100]). Daher eine allgemeine Ladung, welche nur überhaupt und zum ganzen Prozeß geschiehet, ausser bey den höchsten Reichsgerichten, der Regel nach nicht Statt findet [1]).

§. 226.

96) GAILL in Obſervat. pract. lib. I. obſ. 13.

97) Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 75.

98) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 2. Band. Nr. XXVII. §. 13. u. 14.

99) *L. 47. D. de re iudic.* LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 35.

100) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 1. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 572.

1) GAILL lib. I. Obſ. 51. nr. 10. et *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 3. §. 10.

§. 266.

Erfordernisse einer gesetzmäßigen Ladung. I. Sie muß vom competenten Richter erlassen werden, und daher den Namen des Richters, welcher sie verfügt, enthalten.

Soll hiernächst eine Ladung gültig und von Wirkung seyn, so wird dazu erfordert [2]), I. daß sie von dem gehörigen Richter erlassen werde [3]), welcher in der Sache, weßwegen der Geladene erscheinen soll, ohne allen Zweifel die Gerichtsbarkeit hat, es mag nun entweder der ordentliche, oder ein commissarischer Richter seyn [4]). Ist die Ladung von einem ganz incompetenten Richter geschehen, der über den Vorgeladenen entweder gar keine, oder wenigstens diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit offenbar nicht hat, in welche das zu verhandelnde Geschäft einschlägt, so ist der Vorgeladene einem solchen Richter Folge zu leisten nicht verbunden [5]). Wäre hingegen die Zuständigkeit des Richters nur zweifelhaft, so muß der Vorgeladene zwar erscheinen, er kann aber die ihm zustehende Einrede entgegensetzen, und muß darüber Bescheid erwarten [6]). Damit nun aber der

2) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de citationis requisitis et efficacia. *Ienae* 1708. rec. *Halae* 1740.

3) *L. 53. §. 3. D. de re iudic.*

4) *Cap. 29. X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

5) *L. ult. D. iurisdict.* Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.

6) *L. 2. pr. D. Si quis in ius voc. non ierit. L. 5. D. de iudiciis.* MEVIUS P. I. Decis. 131. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. II. Tit. V. Quaest. I. EMMINGHAUS in not. r. ad Eundem, LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandect. Lib. II. Tit. V.

der Citirte beurtheilen könne, ob der vorladende Richter competent sey, so ist nöthig, daß die Ladung den Namen des

Tit. V. §. 3. HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. for. Vol V. Obs. 697. u. a. m. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten behaupten, daß der Vorgeladene in jedem Falle erscheinen, oder wenigstens schriftlich die Einrede des incompetenten Richters an= und ausführen müsse, wenn es auch gleich notorisch sey, daß er dem Gerichtszwange des fordernden Richters auf keine Weise unterworfen sey. Habe er dieses gethan, so brauche er den weiteren Verfügungen dieses Richters nicht ferner Folge zu leisten. Dieß, glauben sie, sey der eigentliche Sinn der *L. ult. D. de iurisdict.* und so sey kein Widerspruch vorhanden, wenn es in der *L. 2. pr. D. si quis in ius vocat. non ierit.* heiße: Ex quacunque causa ad Praetorem, vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus, venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit. Man sehe *Ger.* NOODT in Commentar. in Digest. lib. II. Tit. V. in fin. und *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Disput. IV. Libri II. Specim. II. contin. *Lipsiae* 1748. §. 6. Allein ich kann dieser Meinung nicht beypflichten. Denn müßte sich der Vorgeladene wenigstens in sofern auch vor einem offenbar incompetenten Richter stellen, um die ihm deshalb zustehende Einrede entgegen zu setzen, wie könnte das Gesetz sagen: magistratui vocanti impune non pareri? Denn was befiehlt denn die vorladende Obrigkeit anders, als daß der Citirte erscheine? Sodann zeigen die Worte der angeführten *L. 2. pr.* ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit, offenbar an, daß die Zuständigkeit des Richters nur zweifelhaft seyn müsse, wenn der Citirte erscheinen soll. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn es in der *L. 5. D. de iudiciis* heißt: Nam et legati, caeterique, qui revocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant, privilegia sua allegaturi. Denn die römischen Gesandten hatten das ius domum revocandi, von welchem Privilegium ich an einem andern Orte (S. 228. folg.) gehandelt habe,

des Richters enthalte, welcher dieselbe erlassen hat [7]). Der ordentliche Richter bedient sich gewöhnlich des Namens des Gerichts; ein commissarischer Richter hingegen muß seinen eigenen Namen ausdrücken, und eine Abschrift seines Auftragsschreibens der Ladung beylegen [8]). Ist dieses geschehen, so muß der Vorgeladene erscheinen, wenn gleich das Commissoriale erschlichen seyn sollte. Denn da dieses nie im Zweifel zu vermuthen, so muß die Einrede der Subreption gehörig vorgeschützt und bewiesen werden. Geschiehet dieses nicht ordnungsmäßig, so hat es sich der ausblei-

habe, nicht, wenn sie an dem Orte, wo sie belangt wurden, contrahirt hatten, und ihre Gesandschaft geendigt war. Bey andern, die keine Gesandten waren, fiel das privilegium revocandi domum ohnehin weg, wenn sie da contrahirt hatten, wo sie deßhalb belangt wurden, wie aus *L. 2. §. 3. et 4. D. de iudiciis* erhellet. Die Obrigkeit konnte also bey solchen Personen nie vorher wissen, ob sie sich in dem Falle befanden, wo sie von ihrem Privilegium Gebrauch machen konnten. Sie mußten also auf geschehene Vorladung erscheinen, privilegia sua allegaturi. Hier ist also wieder von einem solchen Falle die Rede, wo es zweifelhaft ist, ob der Vorgeladene dem Gerichtszwange des fordernden Magistrats unterworfen sey, wie aus dem *§. 6. cit. L. 2. D. de iudic.* zu ersehen ist, wo es heißt: Si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit, nec ne, ipse Praetor debet causa cognita statuere. Man sehe hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES et DE MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. I. Lib. I. pag. 338. et sq. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. Lib. II. Tit. V. §. 1.

7) Man vergleiche hier besonders GAILL in Observat. pract. lib. I. Obs. 48.

8) *Cap. 2. X. de dilation.* GAILL cit. loc. nr. 17.

bleibende Theil selbst zuzuschreiben, wenn gegen ihn in contumaciam verfahren wird [9]). Uebrigens macht der Irrthum im Namen des Richters die Ladung ungültig, in sofern daraus eine unauflösliche Ungewißheit entsteht, vor welchem Richter man erscheinen soll [10]).

§. 227.

II. Die vorzunehmende gerichtliche Handlung.

Der Zweck der Citation (§. 225.) erfordert ferner, II. daß die zu verrichtende Handlung dem Vorzuladenden bestimmt angezeigt werde, um welcher Willen er vor Gericht erscheinen soll. Nur auf diese erstreckt sich die Wirkung der erlassenen Citation, und kann auf andere nicht besonders benannte Handlungen, in sofern sie mit der in der Ladung angezeigten in keiner Verbindung stehen, nicht ausgedehnt werden [11]). Zwar will Gaill [12]) das Gegentheil behaupten, weil eine Parthey, die in dem Gericht schon gegenwärtig ist, nicht mehr vorgeladen zu werden brauche, indem ja eben darin die vorzüglichste Wirkung der Citation bestehe, daß der Geladene vor Gericht erscheine. Allein schon Carpzov [13]) hat die Schwäche dieser Gründe hinlänglich gezeigt, und unser Verfasser bemerkt ganz richtig,

9) GAILL cit. loc. nr. 18.

10) GAILL cit. loc. nr. 23. et SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 11.

11) MEVIUS P. IV. Decis. 281. not. 5. CARPZOV in Respons. iuris Lib. III. Tit. II. resp. 22. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. V. Th. XI. not. ε. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 112.

12) in Observat. pract. lib. I. Obs. 51. nr. 7. sq.

13) am angef. Ort num. 12. sqq.

tig, daß es nicht genug sey, daß Jemand im Gericht sich gegenwärtig befinde, sondern noch hauptsächlich erfordert werde, daß er zu dem Geschäft gehörig vorbereitet sey, welches er vor Gericht vornehmen soll. Eben deswegen muß auch in der Citation ein geraumer Termin bestimmt werden, damit der Geladene sich zu der ihm auferlegten gerichtlichen Handlung gehörig vorbereiten könne. Ist dieser gar zu kurz, so ist schon darum die Ladung unverbindlich [14].

§. 228.

III. Die schriftliche Ladung muß gehörig abgefaßt werden.

Geschiehet die Ladung schriftlich, so wird nun insonderheit III. erfordert, daß sie auf die gehörige Art ausgefertiget werde. Diese Ausfertigung muß aber auf eine solche Art geschehen [15]), daß daraus erhelle, 1) wer lade. Hier erinnere man sich an dasjenige, was von den Namen des Richters bereits (§. 226.) gesagt worden ist. 2) Wer geladen werde; es muß daher der Name und Stand des Vorgeladenen deutlich ausgedrückt seyn, so daß derselbe sogleich erkennen kann, daß die Ladung ihn und keinen andern angehe. Ein Irrthum im Namen kann sonst die ganze Ladung unwirksam machen [16]). Sind mehrere Streitgenossen vorzuladen, so machen diese entweder

14) MEVIUS in Decision. T. I. P. III. Decis. 341. not. 7. GAILL Lib. I. Obs. 53. nr. 19.

15) Nettelbladts Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 564.

16) GAILL lib. I. Obs. 49. nr. 1. sqq. MEVIUS Part. I. Decis. 256.

weder zusammen eine moralische Person aus, oder nicht. Im ersten Falle braucht nur der allgemeine Name der Gemeinheit oder des Collegiums, welches vorgeladen wird, oder der Repräsentanten und Vorsteher desselben ausgedrückt zu werden [17]), im letztern Falle hingegen müssen alle benannt werden, ein allgemeiner Name, z. B. die Erben des verstorbenen Titius, ist hier nicht hinreichend, sondern die nicht besonders genannten verbindet die Ladung nicht [18]). Denn erlauben gleich die Gesetze den Streitgenossen, für einander zu erscheinen [19]), so sind sie doch dazu nicht verbunden. 3) Auf wessen Gesuch die Ladung erkannt worden ist [20]). Sie muß daher auch den Namen, Stand und Aufenthaltsort des Klägers, oder wer sonst die Ladung ausgewirkt hat, enthalten, damit der Vorgeladene seinen Gegner kennen lerne, und wegen seines Benehmens gegen denselben einen bestimmten Schluß fassen könne. Auch hier ist aller Irrthum sorgfältig zu vermeiden. Haben mehrere die Ladung extrahirt, so sind alle zu benennen, in sofern sie nicht etwa eine moralische Person ausmachen. 4) Die Ursache, warum und wozu er geladen wird [21]). Dieses bringt der Zweck der Ladung mit sich (§. 227.), und ist daher in bürgerlichen Streitsachen allemal erforderlich, weil sonst die Ladung nicht verbin-

17) GAILL lib. I. Obs. 49. nr. 6.

18) MEVIUS Part. IV. Decis. 337.

19) *L. 2. Cod. de consortib. eiusd. litis.*

20) GAILL lib. I. Obs. 50.

21) GAILL lib. I. Obs. 51.

bindet [22]). Zu diesem Endzweck ist daher die Klage oder das Anbringen desjenigen, auf dessen Gesuch die Ladung erlassen worden ist, derselben copeylich beyzuschließen [23]). 5) Der Ort, wo der Geladene erscheinen soll [24]). Bey dem ordentlichen Richter ist dieses jedoch nur alsdann nöthig, wenn die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle vorgenommen werden soll. Denn ausserdem ist der allgemeine Ausdruck: vor Uns zu erscheinen, hinreichend [25]). Allein bey commissarischen Richtern ist die Bestimmung des Orts um so nöthiger, da diese ihre Sessionen an einem selbst beliebigen Orte halten können [26]), und also dem Vorgeladenen frey stehen muß, gegen den angezeigten Ort, wenn derselbe nicht sicher oder nicht anständig ist, Einwendungen vorzubringen [27]). Ist der Ort ungewiß, so ist die Ladung unverbindlich [28]). 6) Die Zeit, da der Geladene erscheinen soll [29]). Diese kann entweder ein

22) MEVIUS in Decision. Tom. II. P. VI. Decis. 21. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 8. Jedoch ist SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 15. anderer Meinung.

23) Jüngst. Reichsabsch. §. 34.

24) GAILL lib. I. Obs. 52.

25) *L. 59. D. de iudiciis.* LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 38.

26) WERNHER in select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 298.

27) ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. V. wo er *de exceptione loci non tuti* ausführlich handelt.

28) *L. 5. Cod. quomodo et quando iudex.* WERNHER T. II. P. VI. Obs. 298. nr. 2. MÜLLER ad *Struvium* h. t. Exerc. V. Th. XI. not. 5.

29) GAILL lib. I. Obs. 53.

ein bestimmter Tag (*dies fixus*) seyn, an welchem und sonst an keinem andern der Vorgeladene vor Gericht erscheinen soll; oder eine Frist (*dies intra quem*), binnen welcher er sich stellen, und die ihm auferlegte Rechtshandlung vornehmen soll. Ist gar kein Termin bestimmt, so ist die Ladung nichtig [30]). Bey Anberaumung des Termins ist zu bemerken, a) daß er nicht zu kurz, sondern jederzeit so weit hinaus gesetzt sey, daß der Geladene sich gehörig vorbereiten könne. Die Gesetze der Pandecten bestimmen dieserhalb eine Zeit von zehn Tagen [31]), allein Justinian will, daß dem Beklagten ein Termin von zwanzig Tagen gesetzt werde, um reiflich überlegen zu können, ob er mit dem Kläger streiten oder nachgeben wolle [32]). Es wird indessen heutiges Tages keine Rücksicht darauf genommen, sondern der Termin willkührlich nach Beschaffenheit der Umstände bestimmt [33]). Sollten jedoch besondere teutsche Gesetze, wie z. B. in Sachsen, hierüber etwas ganz genau festsetzen, so kann der Richter zwar eine solche gesetzliche Frist aus hinreichenden Ursachen verlängern, aber, ohne Nichtigkeit zu begehen, um keinen Tag abkürzen [34]). b) Der Termin muß auf einen Gerichtstag, und nicht in Ferien

 fallen.

30) MÜLLER ad *Struvium* Exerc. V. Th. XI. not. η.

31) *L. 69. D. de iudiciis.*

32) *Nov. LIII. Cap. 3. §. 1.*

33) ZANGER in Tract. de exceptionib. P. II. Cap. VI. nr. 6. Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 10. §. 9.

34) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 39. MÜLLER ad *Struvium* h. t. Exerc. V. Th. XI. not. η. Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 88. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 111.

sollen [35]). Ist ein bestimmter Tag festgesetzt, so ist, wenn dieser gerade ein Feyertag seyn sollte, die Ladung ungültig [36]), und es muß, so fern nicht in der Citation ausdrücklich stünde, daß im Fall etwa der angesetzte Termin auf einen Feyertag fallen würde, der Geladene auf den nächstfolgenden Gerichtstag erscheinen solle, eine neue Ladung erlassen werden [37]). Wäre hingegen nur überhaupt eine Frist bestimmt, binnen welcher der Vorgeladene sich stellen soll, und diese sich mit einem Feyertage endigte, so ist deshalb die Citation nicht ungültig, sondern es wird nur der Feyertag nicht mitgezählt, und die Frist noch einen Tag weiter hinausgeschoben [38]).

§. 229.

35) *L. 1. D. L. 2. Cod. de feriis.*

36) *L. 2. in fin. Dig. si quis in ius voc. non erit.* GAILL lib. I. Obs. 53. nr. 1. 14. et 15. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VII. nr. 9. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 39. MEVIUS P. II. Decis. 276. not. 2. WERNHER in Observat. forens. Tom. II. P. VII. Obs. 205. Anderer Meinung ist BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 5. und STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 10. will behaupten, *moribus nostris esse receptius, ut, si terminus forte in diem feriatum incidat, non ea propter vitietur citatio, sed comparendum die sequenti.* Allein eine allgemeine Gerichtspraxis ist nicht zu erweisen, daher die erstere Meinung unstreitig richtiger ist. Uebrigens wird dieser Satz sowohl bey den Juden *L. 13. C. de Iudaeis*, als bey den verschieden christlichen Religionspartheyen beobachtet. BIENERI Systema processus iudic. Tom. I. §. 59. not. 6.

37) *L. 1. L. 9. D. de fer. Cap. 6. X. de dolo et contumac.* WERNHER Tom. I. P. I. Observat. 235. nr. 3. et 4. Danz in den anges. Grundsätzen §. 111.

38) S. BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 9. §. 18.

§. 229.

IV. Sie muß gehörig insinuirt werden, direct oder subsidiarisch, mittelbar oder unmittelbar, jedoch a) immer auf Befehl des competenten Richters.

Ist die Citation auf solche Art gehörig ausgefertigt worden, so wird nun weiter, wenn sie von Wirkung seyn soll, VI. erfordert, daß sie demjenigen, welchem dadurch etwas auferlegt wird, gehörig eingehändiget werde. Diese Insinuation muß a) auf Befehl des competenten Richters vollzogen werden. Nun kann es einmal seyn, daß der Vorzuladende der Gerichtsbarkeit des Richters, vor welchem er erscheinen soll, in der gegenwärtigen Sache gar nicht unterworfen ist. Man stelle sich zum Beyspiel vor, daß ein fremder Gerichtsunterthan in einer gewissen Streitsache als Zeuge aufgeführt worden sey. In diesem Falle muß der Richter, vor welchem der Proceß schwebt, ein Requisitionsschreiben an des Vorzuladenden ordentliche Gerichtsobrigkeit erlassen, und selbige darin unter dem Versprechen bereitwilliger Erwiederung in ähnlichen Fällen ersuchen, die erforderliche Ladung gehörig zu erkennen und zu verfügen. Es kann aber auch zweytens seyn, daß der Vorzuladende in der Sache, von welcher die Rede ist, zwar der Gerichtsbarkeit, aber nicht dem Gerichtszwange des citirenden Richters unterworfen ist. Dies ist der Fall, wenn Jemand vor dem Richter der gelegenen Sache belangt wird, der nicht in dem Gerichtsbezirk dieses Richters, sondern an einem andern Orte wohnt, oder einen befreyeten Gerichtsstand hat. Hier erkennt und fertiget zwar der Richter, vor welchem der Vorzuladende erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichtsbar-

 keit,

keit, die Ladung selbst aus; allein sie muß dem Richter, dessen Gerichtszwange der Vorzuladende unterworfen ist, unversiegelt mit der Bitte zugesendet werden, selbige der Behörde zustellen zu lassen, und darüber Bescheinigung einzusenden. Ist hingegen der Vorzuladende in der Sache, worüber der Streit ist, nicht allein der Gerichtsbarkeit, sondern auch dem Gerichtszwange des citirenden Richters unterworfen, so kann der Richter die von ihm erkannte und entworfene Ladung selbst unmittelbar einhändigen lassen. Nach dieser verschiedenen Art, wie die Insinuation der ordentlichen Ladung geschiehet, wird die Citation in die directe und subsidiarische eingetheilt, und erstere diejenige genennt, welche von dem Richter, vor welchem Jemand erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit, selbst erkannt und ausgefertiget wird; letztere aber diejenige, welche nicht der Richter, vor dem man sich stellen soll, sondern auf desselben Ansuchen ein anderer Richter, unter welchem nämlich der Vorzuladende stehet, erkennt, ausfertiget und einhändigen läßt [39]). Die directe Ladung ist wieder von zweyerley Art, entweder eine unmittelbare, oder mittelbare. Erstere wird diejenige genennt, welche der Richter, vor dem Jemand erscheinen soll, selbst unmittelbar einhändigen läßt; letztere aber diejenige, welche dem Vorzuladenden auf Ansuchen des Richters, der die Citation erkannt hat, durch denjenigen Richter insinuirt wird, dessen Gerichtszwange derselbe unterworfen ist [40]).

Eine

39) *Pet.* MÜLLER Diss. de citatione subsidiali. *Ienae* 1693. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. IV. P. I. Sect. III. Tit. I. §. 731.

40) BOEHMER am angef. Ort §. 735.

Eine unmittelbare Citation können die höchsten Landesjustitz Collegia, welche im Namen des Landesherrn sprechen, in solchen Sachen erkennen, welche vor ihnen in erster, oder auch zweyter Instanz zu verhandeln sind, wenn auch die dabey interessirten Personen bey einem Untergericht ihres Departements ihr gewöhnliches forum haben [41]. So z. B. verfügen die Landesconsistorien in Ehe- und andern vor sie gehörigen Sachen durch den ganzen ihnen angewiesenen Gerichtssprengel unmittelbare Ladungen [42]. Auch kann

2) derjenige Richter, welcher die hohe oder Criminalgerichtsbarkeit hat, in peinlichen Sachen unmittelbar citiren [43]. Desgleichen

3) landesherrliche Commissarien, innerhalb dem Territorium des committirenden Oberherrn [44].

41) CARPZOV in Respons. iuris Lib. III. Tit. II. Resp. 23. HOMMEL in Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 435. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 13.

42) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 182. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 105. Es bemerkt jedoch unser Verfasser in der Note f. daß die chursächsischen und herzogl. Altenburgischen Consistorien bloß mittelst Requisition des ordentlichen Richters vorladen können.

43) CARPZOV in pract. rer. criminal. P. III. Quaest. 109. nr. 80. sqq. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 435. nr. 1.

44) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12. WERNHER T. I. P. I. Obs. 233. besonders aber *God. Lud.* MENCKEN Diss. de citatione principis commissarii immediata. *Vitemb.* 1726.

§. 230.

b) Die Ladung muß demjenigen insinuirt werden, an welchen sie gerichtet ist.

Die Citation muß ferner b) **demjenigen, an welchen sie gerichtet ist**, und zwar, wenn sie mehrere einzelne **Streitgenossen** angehet, einem **jedem** besonders eingehändiget werden [45]). Ist sie nur einem oder dem andern eingehändiget worden, so ist sie in Ansehung der übrigen ohne Wirkung [46]), wenn sie auch gleich in einem Hause wohnen sollten [47]). Haben sie jedoch einen gemeinschaftlichen Anwalt, so kann diesem die Ladung allein zugestellet werden [48]). Wenn eine Citation an mehrere Erben zu erlassen, welche die Erbschaft noch ungetheilt besitzen, so kann zwar die Ladung im Sterbehause bekannt gemacht werden, es können jedoch diejenigen nicht als ungehorsame angesehen werden, die erweislich keine Nachricht davon erhalten haben [49]). Ergehet die Citation an Gemeinheiten oder Collegia, so ist dieselbe den Vorstehern oder Repräsentanten derselben, folglich bey Stiftern dem Dechanten oder Syndicus, bey einem Stadtmagistrat dem Stadtpräsidenten oder Syndicus, bey ganzen Bürgerschaften den Bürger- oder Gemeinheitsmeistern, bey Innungen und Zünften

45) MEVIUS T. I. P. IV. Decis. 337. T. II. P. VIII. Decis. 407.

46) LEYSER in meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXII. med. 1. WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 302.

47) BERGER in Elect. Disceptat. for. p. 73. WERNHER in lect. commentat. in Pandect. h. t. §. 8.

48) WERNHER in select. Observat. forens. Tom. I. P. I. Obs. 231. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 266.

49) HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 517.

ten den Obermeistern, und bey ganzen Dorfschaften dem Richter und Schulzen zu insinuiren. Jedoch können den Gemeinden die Ladungen auch in ihren Versammlungen bekannt gemacht werden [50]).

§. 231.

c) entweder *in faciem* oder *ad domum*.

Die Citation muß c) dem Vorzuladenden der Regel nach in faciem oder ad manus, wie man sich auszudrücken pflegt, das ist, ihm selbst in Person und zwar in seiner Wohnung zugestellet werden. Nur dann, wenn er daselbst nicht anzutreffen ist, kann die Einhändigung auch seinen Angehörigen, nämlich seiner Ehefrau, erwachsenen Kindern, oder dem in seinem Brod und Lohn stehenden Gesinde geschehen [51]). Sollte jedoch auch von diesen Personen Niemand vorhanden seyn, dem die Citation zugestellet werden könnte, oder will keiner von denselben solche annehmen, so kann die Ladung entweder in der Wohnung desjenigen, welcher citirt wird, niedergelegt, oder, wenn auch diese verschlossen seyn sollte, und der Vorzuladende nach mehrmaligen vergeblichen Versuchen nicht anzutreffen gewesen, ad domum, d. i. an die Haus- oder Stubenthüre, oder Fensterladen, in Gegenwart einiger Nachbarn, angeschlagen werden [52]). Miethsleute sind die

50) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 17. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 124. Nettelbladt Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 565. S. 286.

51) Claproth am angef. Orte.

52) *L. 4. §. 5. et 6. D. de damno infecto.* WERNHER Tom. II. P. VI. Obs. 285. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 272.

die an ihren Hauswirth gerichteten Citationen anzunehmen nicht verbunden, eben so wenig kann aber auch dem Hauswirth eine seinen Miethsmann angehende Ladung gültig eingehändiget werden [53]). In allen den Fällen aber, da die Citation dem Vorgeladenen nicht in faciem ist eingehändiget worden, ist dieselbe ohne Wirkung, wenn der Geladene beweiset, oder eidlich erhärtet, daß er von derselben keine Nachricht erhalten habe [54]).

§. 232.

Die Insinuation muß d) am gehörigen Ort und zu gehöriger Zeit geschehen.

Die Einhändigung der Ladung muß endlich d) auch am **gehörigen Orte und zu gehöriger Zeit** geschehen. Wer also ausser seinem Hause in öffentlichen Amtsgeschäften begriffen, oder sonst mit einer feyerlichen Handlung

§. 272. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 565. Ist die Citation ad domum geschehen, da sie dem Vorzuladenden selbst in Person ohne alle Schwierigkeit hätte eingehändiget werden können, so ist sie ungültig. MEVIUS T. II. P. VII. decis. 275. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. medit. 4.

53) LEYSER Specim. XXXI. medit. 6. in fine. WERNHER in select. observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 435. BROCKES in select. Observat. for. Obs. 214. Nach Preußischem Rechte kann jedoch die Citation dem Hauswirth des Vorzuladenden sicher anvertraut werden. S. Preußische Gerichtsordnung 1. Th. 7. Tit. §. 21.

54) MEVIUS P. III. Decis. 81. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Cap. II. §. 10. WERNHER in select. Observat. for. Tom. III. Part. I. Obs. 25.

lung beschäftiget ist, kann sich die ihm bey solcher Gelegenheit zugestellte Ladung verbitten [55]). Noch weniger aber darf die Insinuation ausser dem Gerichtsdistrict des ladenden Richters geschehen [56]). Sie ist ungültig, wenn sie gleich durch einen öffentlichen Notar wäre vollzogen worden [57]). Einem Fürsten oder anderem Reichsstande muß die Ladung an dem Orte seines gewöhnlichen Hoflagers entweder in Person, oder durch einen seiner ersten Diener, nicht durch andere zum fürstlichen Hause gehörige Personen, eingehändiget werden [58]). Die Zustellung kann übrigens zwar an weltlichen Feyertägen gültig geschehen [59]). Aber an Sonn- und andern Gott geheiligten Festtagen erlauben die Gesetze solche nicht, wenn nicht etwa ein ausserordentlicher Nothfall dieselbe rechtfertiget [60]). Zwar wollen Männer vom Ansehen [61]) behaupten, daß durch den Gerichtsgebrauch

55) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. med. 3.

56) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 41.

57) LEYSER Specim. XXXII. med. 2.

58) Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 124. S. 87.

59) Claproth am angef. Ort §. 125. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 114. S. 232.

60) *L. 11. Cod. de feriis.* — Nulla quemquam urgeat admonitio, — taceat apparitio — praeconis horrida vox silescat. *Cap. 1. et 5. X. de feriis.* Hiermit stimmt auch die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 7. Tit. §. 23. überein, wo es heißt: „Die Insinuationen müssen der Regel nach an Werk- und nicht an Sonn- und Festtagen geschehen."

61) GAILL lib. I. Obs. 53. nr. 7. LEYSER in meditat. ad Pandect. Specim. XXXI. Corol. 3. WERNHER Tom. I. P. I. Obs. 234.

I. H.

gebrauch das Gegentheil eingeführt sey, weil die Insinuation einer Ladung nicht zu den gerichtlichen Handlungen gehöre, und öffentliche Ladungen sogar in der Kirche selbst, von der Kanzel, bekannt gemacht werden könnten. Dieser Meinung ist auch unser Autor. Allein da doch die Zustellung einer Privatcitation auf Befehl des Richters geschiehet (§. 229.); überdem an Sonn- und Festtagen alle weltliche Geschäfte, welche die Andacht stören, und Aufschub leiden, verboten sind [62]); ferner viel practische Rechtsgelehrten jener Meinung geradezu widersprechen [63]), mithin ein allgemeiner Gerichtsgebrauch unerweislich ist, vielmehr der Ausspruch eines Proculus [64]) hier vollkommene Anwendung findet: *Non spectandum est*, *quid Romae factum sit*, *quam quid* FIERI DEBEAT; der Schluß von öffentlichen und Edictalcitationen aber auf Privatladungen nicht gilt, da die Bekanntmachung der erstern von der Kanzel etwas besonders ist, welches die ganz eigene Beschaffenheit solcher öffentlicher Ladungen in gewissen Fällen nothwendig macht;

I. H. BOEHMER in Iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. IX. §. 17.

62) *Cap. 1. X. de feriis.* *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 281.

63) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. ult. Cod. de feriis. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VI. nr. 11. LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 41. und in Diss. de feriis §. 18. STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 10. BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 19. COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. Claproth a. a. O. §. 125. Danz Grundsätze §. 114. BIENER in System. proc. iudic. T. I. §. 63. u. a. m.

64) *L. 12. D. de offic. Praes.*

macht; so trage ich kein Bedenken, der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [65]) beyzutreten, welche bey der deutlichen Vorschrift der Gesetze bleiben, und die an einem Sonn- oder andern Gott geheiligten Festtage ohne Noth geschehene Insinuation einer Privatladung für ungültig halten.

§. 233.

Durch wen? und auf wessen Kosten ist die Zustellung der Ladung zu verrichten?

Da von der richtigen Einhändigung der Ladung die ganze Wirkung derselben abhängt, so muß dieselbe durch eine glaubwürdige sichere Person verrichtet werden. Gewöhnlich werden die Ladungen durch einen darauf beeidigten Gerichtsdiener oder Amtsboten insinuirt [66]). Jedoch kann die Besorgung auch einem Notarius oder einem Unterrichter aufgetragen werden. Bey den Consistorien werden die Zufertigungen der Ladungen in Kirchensachen häufig durch die Superintendenten besorgt [67]). Es kann auch derjenige, welcher die Citation ausgewirkt hat, die Besorgung der Zustellung derselben selbst übernehmen. Ueberall aber muß für

65) *I. L. E.* PÜTTMANN in Probabil. iuris civ. libro secundo. (*Lipsiae* 1773. 8.) Cap. XI. pag. 82. sq. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentationib. in Pandect. h. t. §. 16. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* meditation. ad Digesta Tom. I. Fasc. II. Obs. 132. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* Ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. h. Tom. I. pag. 197.

66) BERGER in Elect. Discept. for. Tit. IV. Obs. 4. nr. 1.

67) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 123.

für den Beweis der geschehenen Einhändigung gesorgt werden [68]). Ist daher die Ladung durch den Gerichtsdiener insinuirt worden, so muß derselbe entweder ein schriftliches Zeugniß darüber eigenhändig ausstellen [69]), welches sodann in Ansehung der geschehenen Insinuation so lange völligen Glauben verdient, bis das Gegentheil erwiesen worden [70]); oder er kann es auch mündlich zu Protocoll geben, wie die Zustellung geschehen sey [71]). Wenn hingegen die Insinuation durch einen Notarius bewirkt worden

68) *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 16. pag. 104. sq.

69) Wie ein solches Zeugniß abzufassen, zeigt Claproth a. a. O. §. 125. Vorzüglich ist jedoch zu vergleichen MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iur. civ. Exerc. V. Th. XI. lit. λ.

70) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 13. Claproth a. a. O. S. 90. f. behauptet, daß ein solches Zeugniß nicht bloß in Ansehung der geschehenen Zustellung, sondern auch in Ansehung alles desjenigen, was dem Gerichtsdiener bey Gelegenheit der Zustellung Unanständiges wiederfahren, völligen Glauben habe. Allein da der Gerichtsdiener hier in seiner eigenen Sache ein Zeugniß ablegt, so kann eigentlich die Aussage desselben in Ansehung der ihm wiederfahrnen Injurie nicht mehr gelten, als das Zeugniß einer andern Privatperson. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. pag. 104. Es kommt indessen viel auf die Beschaffenheit der Umstände an, hieraus muß der Richter ermessen, wie viel er der Aussage des Gerichtsdieners glauben dürfe. Der Richter darf wenigstens ohne vorhergegangene Untersuchung der Sache nicht gleich zu Strafmitteln schreiten. Man sehe besonders *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. V. Th. XI. lit. μ.

71) Claproth a. a. O. S. 90. BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 18. Danz Grundſ. §. 115.

den ist, so muß ein förmliches Instrument darüber aufgesetzet werden [72]). Haben Obergerichte die Zustellung der Citation durch einen Unterrichter, oder Consistorien dieselbe durch den Superintendenten befördern lassen, so muß die geschehene Einhändigung durch Bericht angezeigt werden [73]). Ist hingegen die Insinuation durch eine Privatperson geschehen, so wird dieselbe entweder durch ein von dem Geladenen ausgestelltes Recepisse, oder in desselben Ermangelung durch den Eid desjenigen, der die Ladung zugestellet hat, erwiesen [74]). Die Kosten für die Ausfertigung und Insinuation der Ladung muß vor der Hand derjenige tragen, der die Citation ausgewirkt hat, und demnächst die Erstattung derselben von dem sachfälligen Gegner erwarten.

§. 234.

Notification der geschehenen Ladung.

Der Extrahent, auf dessen Veranlassung die Citation geschehen ist, bekommt übrigens hiervon Nachricht, indem ihm eine Copie der schriftlichen Ladung nebst der Nachricht von der geschehenen Insinuation derselben zugefertigt wird. Eine solche Notification wird in einigen Gerichten ein Gedenkzettel genennt [75]). Die Unterlassung derselben ziehet jedoch keine Nichtigkeit nach sich, wenn der Extrahent

72) MOLLENBECK in Thesauro iuris civ. h. t. nr. 33. BERGER cit. loc. Not. 14.

73) Claproth a. a. O. §. 123. S. 85.

74) BERGER cit. loc. Not. 14. WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 16. pag. 104.

75) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVI. §. 2. Not. 3.

hent auf andere Art von dem anberaumten Termin Nachricht erhalten hat.

§. 235.

Wirkungen der Citation; daher entstehende Eintheilung in die arctatorische nnd monitorische, dilatorische und peremtorische Ladung.

Eine gehörig erkannte und eingehändigte Citation verbindet nun den Geladenen zu der Befolgung des richterlichen Befehls, dessen Vernachläßigung für den Ungehorsamen mancherley nachtheilige Folgen hat. Um diese richtig bestimmen zu können, kommt es zunächst auf den Zweck der ergangenen Citation an. Dieser kann von zweyerley Art seyn. Entweder es wird der Parthey nur bekannt gemacht, daß dies oder jenes ihre Rechtsangelegenheiten betreffende Geschäft in einem dazu angesetzten Termin in dem Gericht vorgehen werde, damit sie, wenn sie wolle, demselben beywohnen, und dasjenige, was ihr etwaniges Interesse erfordert, dabey wahrnehmen und beobachten könne; oder die Aufforderung geschieht in der Absicht, damit die Parthey eine zur Ausführung des Rechtsstreits wesentliche Haupthandlung, welche mithin das Erscheinen derselben nothwendig erfordert, zu einer bestimmten Zeit vor Gericht vornehme, wofern sie sich nicht die Strafe des Ungehorsams zuziehen will. Im ersten Falle wird die Ladung eine monitorische, in dem andern aber eine arctatorische genennt.

Die Wirkung einer monitorischen Ladung besteht darin, daß wenn der Vorbeschiedene die Ladung nicht benutzt, die Handlung dennoch in dem desfalls anberaumten Termine vorgenommen wird, als ob er gegenwärtig wäre.

Denn

Denn man erklärt das Ausbleiben des Geladenen so, als ob er gegen das, was vorgehen soll, nichts zu erinnern habe [76]), und zwar wird im Falle einer monitorischen Citation ein Verzicht auf das Recht in Rücksicht der unterlassenen Handlung sogleich mit aller Wirksamkeit angenommen, ohne daß es von Seiten der Gegenparthey einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf [77]). Man setze z. B. daß Jemand vorgeladen worden sey, um zu sehen und zu hören, wie die von seinem Gegner angegebene Zeugen in dem anberaumten Termine vorgestellet und beeidet werden sollen. Erscheint der Geladene nicht, so gehet die Vereidigung und Vernehmung der Zeugen dennoch vor sich, er verliert aber seine Einrede gegen die Person der Zeugen und gegen die Zuläßigkeit der übergebenen Beweisartikel.

Die Wirkung der arctatorischen Citation hingegen besteht darin, daß der Geladene erscheinen muß, und, wenn er solches nicht thut, in die Strafe des Ungehorsams verfällt [78]). Diese letztere ist nun wieder in Ansehung der dem Vorgeladenen im Aussenbleibungsfalle treffenden Strafe von zweyerley Art. Es besteht nämlich die Strafe des Ungehorsams entweder blos in der Erstattung der Kosten des versäumten Termins, oder sie hat zugleich ein Präjudiz in Absicht auf den Ausgang des Rechtestreits zur Folge, z. B. daß die Klage für eingestanden, oder für abgeläug-

76) *Cap. 2. X. de testibus.*

77) Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. Th. Nr. XXI. §. 19. und 2. Th. Nr. XXXI. §. 6.

78) *L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocat. Cap. 7. X. de appellat. Cap. 4. 5. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

läugnet angenommen, oder ein Document für anerkannt, oder der zugeschobene Eid für verweigert gehalten, oder der Beweis für desert erklärt wird, u. d. m. Im erstern Falle wird sie eine dilatorische, im andern aber eine peremtorische Citation genennt. Hieraus läßt sich die Frage entscheiden, zu welcher Gattung die Edictalladungen gehören? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen behaupten, daß alle Edictalladungen, auch die bey Concursen, ihrer Natur nach blos monitorische wären [79]). Allein daß dergleichen Citationen monitorische seyn können, ist zwar nicht zu läugnen. Die Beyspiele von der Edictalladung unbekannter Erben, oder unbekannter Gläubiger bey Antretung einer Erbschaft, die übrigens zur Bezahlung der Schulden hinreicht, u. d. welche oben (§. 223. S. 356.) angeführt worden sind, beweisen dieses hinlänglich. Wer wollte aber deswegen wohl läugnen, daß Edictalladungen nicht auch arctatorische, ja peremtorische seyn könnten, in sofern sie, im Falle des Nichterscheinens, ein besonders Präjudiz zur Folge haben, welches der Richter anzudrohen Macht hatte [80])? Dies ist z. B. der Fall mit der Edictalladung im Desertionsproceß, welche wider den abwesenden Ehemann unter der Verwarnung, daß er bey abermaligem Aussenbleiben für einen böslichen Verlasser seines Eheweibes erklärt werden solle,

79) HILLIGER in Donello enucleato Lib. XXIII. Cap. II. Not F. BRUNNEMANN in processu concurs. creditorum Cap. II. §. 1. pag. 27. von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger 2. Abschn. 1. Abth. §. 13.

80) Mit mir stimmen hierin überein GAILL lib. I. Obs. 57. nr. 11. et 12. auch selbst BRUNNEMANN in Tract. de processu civili Cap. III. nr. 7. Ferner KLÜGEL in Progr. de iudice edictaliter citante pag. 6.

solle, erlassen wird [81]). Aber auch selbst die Edictalladung beym Concurs der Gläubiger ist peremtorisch [82]). Denn sie verbindet ja die vorgeladenen Gläubiger bey Strafe der Präclusion in dem anberaumten Liquidationstermine zu erscheinen, und führt gleich diese Strafe nicht den Verlust der Forderung selbst mit sich, so wirkt sie doch wenigstens die Ausschließung von der Theilnahme an der gegenwärtigen Concursmasse [83]).

Uebrigens ist nach gemeinen Rechten der Regel nach erst die dritte Ladung peremtorisch [84]). Die erste und andere

81) Hommels teutscher Flavius Art. Desertionsproceß S. 201. nr. IV.

82) S. *Ge. Henr.* AYRER in Specim. iurisprud. iudic. theor. pract. de poena praeclusionis in concursu creditorum. Sect. II. membr. I. §. 4. et membr. II. per tot.

83) S. von Trützschler a. a. O. §. 11. u. 23. Danz a. a. O. §. 147. welchen noch beyzufügen ist Hrn. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 3. Abth. §. 93.

84) *L. 35. §. 1. D. de re iudicata.* Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo *peremtorium* appellatur, literisve vocatus praesentiam sui facere contemnit. Add. *L. 8. et 9. Cod. quomodo et quando iudex sentent. proferre deb.* Diesem ist *L. 70. D. de iudic.* nicht entgegen, wenn es daselbst heißt: Et tertium. Quibus propositis tunc *peremtorium* impetret, quod inde hoc nomen sumsit, *quod perimeret disceptationem*, hoc est, ultra non pateretur, adversarium tergiversari; denn die Zahl der Ladungen hieng eigentlich von dem Ermessen der Obrigkeit ab; diese konnte bestimmen, ob sie der ersten, andern oder dritten die peremtorische Kraft beylegen wollte; wie aus der *L. 72. D. de iudiciis*, deutlich erhellet, welche

dere Citation pflegt also gewöhnlich nur eine dilatorische zu seyn. Daher das bekannte Sprüchwort der alten Teutschen: zweymal darf man wohl ausbleiben, welches jedoch, wie es Eisenhart [85]) ganz richtig erklärt, nur so viel sagen will, daß erst nach geschehenem dreymaligen Aussenbleiben und begangenen Ungehorsam Jemand sachfällig werde [86]). Zuweilen kann der Richter nach Be-

welche mit der *L. 70.* ursprünglich zusammengehangen hat, denn beyde sind aus ULPIANI *lib. VIII. Disputationum* genommen. Nun war keine Ladung peremtorisch, welcher nicht der Magistrat die Clausel beygefügt hatte, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronunciaturum, wie *L. 70. D. eodem* sagt. Hatte also auch die Obrigkeit drey Ladungen erlassen, allein keine war peremtorisch, so mußte freylich alsdann erst noch eine peremtorische von dem Gegner des Ungehorsamen ausgewirkt werden. Da indessen der dritten Citation insgemein die peremtorische Clausel beygefügt wurde, so ist daher zu erklären, warum die Gesetze häufig nur dreyer Edictalladungen Erwähnung thun. Und in dieser Hinsicht rescribiren daher die Kr. Diocletian und Maximian in *L. 9. Cod. quomodo et quando iudex:* Tres denunciationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere. Auf solche Art ist also Gerard Noodts Emendation unnöthig, welcher lib. I. Observat. cap. 8. in der *L. 70.* folgendermaßen lesen will: *Quibus propositis, et tertium tunc peremtorium impetret.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani iuris epitomar. libros sex commentar. Tom. I. lib. I. pag. 333.

85) in den Grundsätzen der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 6te Abtheil. Nr. XIII. S. 525. ff. (nach der neuesten Ausgabe Leipzig 1792.)

86) Sächs. Landrecht I. B. Art. 67. und III. B. Art. 5. Siehe auch HEINECCII Elementa iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. 3. §. 122.

Beschaffenheit der Umstände auch schon die erste Citation als eine peremtorische erlassen [87]), welche alsdann einen dreyfachen Termin enthalten muß [88]). Im Zweifel ist indessen eine Citation eher für eine dilatorische als für eine peremtorische zu halten [89]). Es wäre denn, daß durch die besondere Proceßordnung eines Landes alle gerichtlich anberaumten Termine überhaupt zur Verhütung processualischer Weitläuftigkeiten für peremtorisch wären erklärt worden [90]).

§. 236. a.

Fernere Wirkungen einer gesetzmäßig erlassenen Citation. 1) Interruption der Verjährung.

Ausserdem hat nun eine gehörig eingehändigte Citation noch andere Wirkungen. Denn

1) wird durch sie die Verjährung unterbrochen. Die alte römische in ius vocatio privata hatte zwar diese Wirkung nicht [91]). Denn der Kläger brauchte

87) *L. 72. D. de iudic. L. 53. §. 1. D. de re iudic. L. 8. Cod. quomod. et quando iudex.* Jüngst. R. Absch. §. 36. MEVIUS P. I. Decis. 258. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXI. §. 7. S. 162.

88) Nach dem neuesten Röm. Rechte wird eine dreymonatliche Frist zu einer peremtorischen Citation erfordert. *Nov. CXII. Cap. 3.* Allein heutiges Tages hängt die Bestimmung der Termine von dem Ermessen des Richters ab, wo die besondern teutschen Gesetze nichts gewisses festgesetzt haben.

89) LUDOVICI in Us. pract. distinction. iuridicar. h. t. Distinct. 5.

90) PUFENDORF Introduct. in process. civ. P. II. Cap. IV. §. 2.

91) *L. 4. D. ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat.* VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Lib. XLI. Tit. III. §. 20.

dem Beklagten nicht gleich zu sagen, warum er ihn vor Gericht fordere, sondern die editio actionis pflegte erst vor dem Prätor, in iure zu geschehen [92]). Fragte etwa der Beklagte vorher nach der Ursache der Vocation, so konnte ihn der Kläger, wie Saturio beym Plautus [93]) mit der Antwort abfertigen: *Illic apud Praetorem dicam; sed ego in ius voco.* Der Beklagte erhielt also durch die alte in ius vocatio an sich nie Wissenschaft von dem eigentlichen Anspruche oder Rechte, welches der Kläger zu verfolgen Willens war. Diese wurde ihm erst durch die Edition der Klage mitgetheilt [94]). Nun aber wird zur Unterbrechung der Verjährung eine deutliche und hinreichende Willenserklärung, sein Recht zu erhalten, erfordert. Hierzu kam noch insonderheit, daß die alte Usucapion, welche aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herrührte, vor Justinian anders nicht unterbrochen werden konnte, als durch Vertreibung des Besitzers, oder durch den Ausspruch des Richters, wodurch der Beklagte zur Restitution der Sache verurtheilt wurde [95]). Daher war nicht einmal die Litiscon-

92) Dieses hat wenigstens *van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant Cap. III. §. 39. aus vielen Zeugnissen der Alten dargethan. Daher läßt sich auch vielleicht erklären, warum der Titel de edendo in den Pandecten erst auf den Titel de in ius vocando folgt. Siehe auch meine Opuscula Fascic. II. pag. 317. sq.

93) in *Persa Act. IV. Scen. IX. v. 9.*

94) Daher sagt *L. 15. D. rat. rem hab.* Qui in ius vocat, non petit, sed petere vult.

95) *L. 5. D. de usurpat. et usucap. L. 18. L. 20. et 21. D. Rei vindicat.* Man sehe vorzüglich *Franc.* CONNANI Commentarior. iuris civ. Tom. I. Lib. III. Cap. 15.

contestation hinreichend, eine rechtmäßig angefangene Usucapion zu interrumpiren. Paulus[96]) sagt dieses ganz ausdrücklich: *Si rem alienam emero, et cum usucaperem eandem rem, dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione.* Denn einmal hörte ja der Beklagte nach der Litiscontestation nicht auf, die Sache zu besitzen, und zum andern gehörte die Usucapion zu den alten bürgerlichen Erwerbungsarten, die anders nicht als durch eine entgegengesetzte andere bürgerliche Erwerbungsart unwirksam gemacht werden konnte. Dergleichen war aber die Litiscontestation nicht, denn diese war nur ein durch die neuern Gesetze eingeführter Quasi-Contract; sondern die Addiction und Adjudication[97]). Dies scheint daher die Ursache gewesen zu seyn, warum nicht durch die Litiscontestation, sondern erst durch das Urtheil des Richters die Usucapion unterbrochen wurde[98]). Mit der prätorischen praescriptione longi temporis verhielt sich die Sache anders. Diese wurde zwar auch nicht durch die in ius vocatio allein unterbrochen, sondern es mußte die Litiscontestation erfolgt seyn, allein war zwischen der Zeit der geschehenen Edirung der Klage und der wirklich erfolgten Litiscontestation die Verjährungsfrist abgelaufen, so kam dieses dem Beklagten weiter nicht zu statten, sondern die durch die Litiscontestation geschehene Interruption der Ver-

96) *L. 2. §. 21. D. pro emtore.* Add. *L. 2. D. pro donato,* et *L. 14. D. famil. ercisc.*

97) ULPIAN *in Fragm. Tit. XIX.* §. 2. et 16.

98) S. *Car. God.* WINCKLER Disp. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno et utriusq. effectibus. (*Lipsiae* 1751.) Sect. II. §. 4. pag. 34. sq.

Verjährung wurde zurück gerechnet auf die Zeit der angestellten und edirten Klage. Die Kr. **Diocletian** und **Maximian** sagen dieses in mehr als einem Rescript ganz deutlich. *Morae litis*, so rescribiren sie an einen gewissen Heliodor [99]), *causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.* Eben so an einen gewissen Rhegino [100]). *Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit: cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.* Der Grund hiervon war, weil die longi temporis praescriptio kein bürgerliches Eigenthum, sondern nur eine Einrede wirkte, welche nach erfolgter Litiscontestation, als wodurch die Interruption der Verjährung wirksam wurde, nicht weiter Statt haben konnte [1]). Allein Justinian hat diesen Unterschied zwischen der alten Usucapion und der longi temporis praescriptio aufgehoben [2]). Daher nach Justinianeischem und heutigem gemeinen Rechte schon durch die gerichtliche Citation allein eine jede Verjährung unterbrochen wird [3]). Die Mei-

99) *L. 26. Cod. de Rei vindicat.*

100) *L. 10. Cod. de praescript. longi temp.* S. auch COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. XLI. Tit. III. Qu. 25. pag. 458.

1) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. VII. Tit. XXXIII. nr. 2.

2) *L. un. Cod. de usucap. transform.* VOET in Comment. ad Pandect. T. II. Lib. XLI. Tit. III. §. 19.

3) *L. 3. Cod. de ann. except. L. 3. et 4. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor.* S. *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. III. cap. 15. pag. 214. *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 31. pag. 223. in fin. BACHO-

Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten[4]), daß nur die dreyßig- und vierzigjährige Präscription allein durch Citation, die zehn- und zwanzigjährige hingegen erst durch Litiscontestation, die dreyjährige aber, als die am meisten begünstigte Art der Verjährung, anders nicht, als durch richterliches Definitiverkenntniß, civiliter unterbrochen werde, zeugt von offenbarer Vermischung des ältern und neuern Rechts, und verdient daher keinen Beyfall[5]). Allein sollte nicht etwa schon die wider den Verjährenden angestellte gerichtliche Klage allein, ohne erfolgte Ladung, die Prä-

 scription

BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXII. Th. VII. lit. K. et L. BRUNNEMANN in Proc. civ. cap. III. nr. 41. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. pag. 199. de BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. Th. 3. Not. 3. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 43. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XLIII. Th. 28. Not. α. VOET in Comment. ad Pandect. cit. loc. §. 20. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. P. I. §. 876. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. Qu. VIII. not. n. pag. 198. und besonders WINCKLER cit. Dissertat. Sect. III. §. 3.

4) GAILL lib. I. Observ. 74. nr. 22. STRUV in Syntagm. iuris civ. Exerc. XLIII. Th. 28. BERLICH in Conclus. pract. P. II. Concl. IX. nr. 22. sqq.

5) Die Worte Justinians in der *L. 2. Cod. de ann. except.* et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit, widerlegen diese Meinung hinlänglich. Man sehe hier vorzüglich nach ZANGER in Tract. de exceptionibus P. III. Cap. X. nr. 136. sqq. *Io. Frid.* RHETIUS in Diss. de interruptione praescriptionum. *Frfti ad Viadr.* 1665. (*Vol. I. Disp. XIII.*) Cap. III. nr. 1—6. und *Christ.* WINCKLER Diss. de interruptione usucapionis ac praescriptionis, *Lipsiae* 1793. Cap. 3.

scription unterbrechen? Hommel[6]) meint, daß dieses zu Folge der L. 2. Cod. de annali except. allerdings zu behaupten sey, gesteht indessen, daß der Gerichtsgebrauch mit dieser Meinung nicht übereinstimme. Und ich glaube, daß die Praxis auch den Gesetzen gemäßer sey. Denn die L. 2. Cod. redet von einem ausserordentlichen Rechtsmittel der gerichtlichen Protestation, welches blos in dem Falle, da wider den Verjährenden wegen Abwesenheit, Kindheit oder Wahnsinn, in Ermangelung eines Vormundes, die gerichtliche Klage und Vorladung nicht Statt finden könnte, die Wirkung der Interruption der Verjährung haben soll. Daß aber ausser diesem Falle die bloße Anstellung der Klage, ohne erfolgte Ladung, nicht hinreichend sey, eine rechtmäßig angefangene Verjährung zu unterbrechen, ist theils aus andern Gesetzen[7]) deutlich zu erkennen, die Justinian durch jene L. 2. keinesweges aufgehoben hat[8]); theils der Natur der Sache selbst gemäß, indem die Ladung aus keiner andern Ursache erfordert wird, als daß der Beklagte von des Klägers Anspruch Nachricht erhalte, und hier=

6) in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 109. pag. 172.

7) *L. 3. et 4. Cod. de praescr. trig. vel quadr. annor.* Man sehe WERNHER in Observat. for. select. Tom. I. P. II. Obs. 472. *Iac.* RAVE in Princip. doctr. de praescriptione §. 33. lit. b. et §. 34. Besonders *Io. Lud.* SCHMIDT Commentat. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda. *Ienae* 1788. §. 5. et 6.

8) In der angef. *L. 2. Cod.* sagt Justinian ganz deutlich: *Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis.*

hierdurch die angestellte Klage wirksam werde. Jedoch nehme ich folgende zwey Fälle aus. Erstens, wenn der Kläger zwar seiner Seits die Klage zeitig genug angestellet, auch sich alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten, der Richter aber solche dennoch nicht gehörig ausgefertiget hat [9]). Denn unter diesen Umständen kann dem Kläger, der durch zeitige Anstellung der Klage seinen Willen, sein Recht zu erhalten, hinreichend erklärt hat, keine Nachläßigkeit Schuld gegeben werden [10]). Zweytens, wird die Verjährung, die durch bloßen Nichtgebrauch geschiehet, ohne daß dazu auf Seiten des Präscribirenden ein Besitz oder eine bona fides erfordert wird, mit dem Augenblick, da Jemand sein Gesuch bey dem gehörigen Richter anbringt, unterbrochen [11]). Denn bey dieser Art der Verjährung kommt es blos auf das Stillschweigen desjenigen an, dem das Recht zu klagen zusteht. Dieses wird aber durch die blose Anstellung der Klage

9) S. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 219. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 398. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 17.

10) Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten 1. Th. 9. Tit. 9. Abschn. §. 604. überein, wo es heißt: „daß zwischen dem Zeitpunct der Anmeldung der Klage, und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kommt dem Besitzer nicht zu statten."

11) STRUV in Synt. iuris civ. Exerc. XLIII. Th. 28. — *Praescriptiones aliae temporales sola libelli porrectione interrumpuntur.*

Klage unterbrochen [12]). Mit Recht entschied daher die Königl. Preußische Gesetzcommission, daß einer majorenn gewordenen Person, welche sich wider einen während ihrer Minderjährigkeit getroffenen nachtheiligen Vergleich vor Ablauf der gesetzlich verordneten vierjährigen Frist mit ihrem Restitutionsgesuche gemeldet, der Einwand der Verjährung nicht entgegen stehe, wenn auch solches so spät geschehen, daß die Citation erst nach Ablauf dieser Frist dem Gegentheile zugestellet werden können [13]). Uebrigens bemerke ich nur noch, daß, wenn auch gleich die Klage in der Maaße, wie sie angebracht worden, als inept, verworfen werden sollte, die vorher ergangene Citation dennoch die Wirkung der unterbrochenen Verjährung behalte [14]), wenn nur der Kläger am Ende den Proceß gewinnt [15]). Denn alles hängt von der Entscheidung der Sache ab.

§. 236.

12) *L. 7. pr. Cod. de praescr. 30. vel 40. ann.* — Si non interruptum erit silentium, i. e. etiam per solam conventionem.

13) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten 2. Band S. 262. Add. STRYK in Us. mod. Pandect. Lib. IV. Tit. I. §. 9.

14) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. Th. III. Not. 3. *Christoph. Lud.* CRELL Observat. de fructu et effectu negotii inutilis nullius et imperfecti. (*Vitemb.* 1750) Obs. VI. pag. 31. sagt: *Inepto etiam libello actor declarat* ANIMUM PERSEQUENDI IUS SUUM IN IUDICIO, *et sufficit ad praescriptionis interruptionem* INTERPELLATIO IUDICIALIS, *qua serio testamur, nos ius nostrum dimittere omnino noluisse, quamvis igitur libellus ineptus vim libelli plenam non habeat, tamen* PRAESCRIPTIO *per illum* INTERRUMPETUR, *si adversarius citatus fuerit a magistratu.*

15) BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. §. 26. Not. 5. RAVE doctr. de praescriptione §. 34. nr. 3.

§. 236. b.

2) Der Gegenstand des Rechtsstreits wird streitig.

Man rechnet ferner zu den Wirkungen der Citation,

2) daß durch sie die Sache streitig werde, die den Gegenstand der angestellten Klage ausmacht [16]). Der Besitzer darf also die streitige Sache während des Processes nicht veräußern [17]). Geschiehet es, so ist die Alienation null und nichtig [18]). Allein nach dem ältern römischen Rechte brachte erst die Litiscontestation eine solche Wirkung hervor [19]). Denn diese war ein Quasicontract, wodurch sich die Partheyen gleichsam verbindlich machten, wegen des in Streit gezogenen Gegenstandes, das richterliche Endurtheil abzuwarten, und dasjenige zu leisten, was dasselbe mit sich bringen würde [20]). Dieser Quasicontract war der Grund, warum die streitige Sache, während des Processes, nicht veräußert werden durfte [21]). Justinian hingegen hat diese Wirkung blos auf Realklagen eingeschränkt, wodurch das Eigenthum einer Sache und zwar hauptsächlich, nicht beyläufig, in Anspruch genommen wird; und bey diesen Klagen verordnet, daß schon die

16) *Avth.* Litigiosa. *Cod. de litigiosis.* COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. XLIV. Tit. 6. Qu. 2. *Car. God.* WINCKLER Diss. de litis contestatione vet. et hodiern. Sect. III. §. 5.

17) Vid. *tot. Tit. Dig. et Cod. de litigiosis.*

18) *Christ. Albin.* ZAHN Diss. de litigiosis. *Lipsiae* 1763.

19) *L. 1. §. 1. D. de litig. L. 4. Cod. eodem. L. 13. D. fam. ercisc. L. 2. C. comm. divid.*

20) WINCKLER cit. Diss. Sect. II. §. 2.

21) IDEM cit. loc. §. 6.

die an den Beklagten gehörig erlassene Citation allein den Gegenstand derselben streitig machen solle, weil, nach Aufhebung jenes Quasicontracts der Litiscontestation, die Citation den gesetzmäßigen Anfang des Rechtsstreits ausmacht, und der Beklagte gleich mit derselben erfährt, was für eine Sache in Anspruch genommen werde [22]). Bey andern Realklagen, dadurch nicht über das Eigenthum einer Sache gestritten wird, z. B. bey der hypothecarischen Klage, tritt effectus litigiosi nicht ein. Die Erhebung derselben macht das Pfandstück nicht dergestalt zur re litigiosa, daß der Beklagte, während des Processes, das Eigenthum desselben nicht einem Andern überlassen könne, wenn nur der Gläubiger von dem Kaufgelde befriediget wird [23]). Von Seiten des **Klägers** findet die Litigiosität zwar überhaupt in Ansehung der angestellten Klage, aber erst nach der Einlassung Statt [24]).

§. 236.

22) *Nov. CXII. Cap. 1.* — Propterea sancimus, ut LITIGIOSA dicatur et intelligatur RES, mobilis vel immobilis, *de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur;* vel per IUDICIALEM CITATIONEM etc. nach der **Hombergischen** Version. Man vergleiche LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XLIV. Tit. VI. §. 6. sqq. BRUNNEMANN in processu civ. Cap. III. nr. 41. §. 4. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. Tit. §. 52. nr. 5.

23) Cit. *Nov. 112. cap. 1.* Hac vero litigiosi appellatione ut HYPOTHECAE eximantur, sancimus, ut — debitori quidem, cuicunque et quando velit, eas vendere liceat: ita tamen, ut ex earum pretio usque ad debiti quantitatem creditori satisfaciat.

24) THIBAUT System des Pandectenrechts. 3. B. §. 1123.

§. 236. c.

c) Wirkung der Prävention.

Die Ladung ziehet c) die Wirkung der Prävention nach sich [25]), welche darin bestehet, daß, wenn in einer Sache mehrere Gerichte zugleich competent sind, derjenige Richter die Untersuchung und Entscheidung der Sache nebst denen mit derselben in unzertrennlicher Verbindung stehenden Punkten allein und mit Ausschließung des Andern vor seine Gerichtsbarkeit ziehen kann, welcher die erste Citation an den Beklagten erlassen hat [26]). Der Grund hiervon beruhet in der offenbaren Billigkeit, damit nicht die nämliche Sache mit doppelten Kosten vor mehreren Gerichten zugleich verhandelt, oder gar die von dem einen Richter bereits entschiedene Sache von dem andern aufs neue in Untersuchung gezogen werde. Eben diese Wirkung findet daher Statt, wenn gleich der Beklagte der ihm gehörig eingehändigten Citation keine Folge geleistet hat, sondern ungehorsam ausgeblieben ist [27]). Es wird vielmehr durch die

25) GAILL lib. I. Obſ. 29. nr. 5. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. III. nr. 14. ſqq. *Io. Tob.* RICHTER ſelectior. iuris princip. ad ordin. Digeſtor. expoſit. Diſp. IV. §. 5. Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 39.

26) Von der Prävention handeln vorzüglich *Pet. Franc. de* TONDUTI in Tract. de praeventione iudiciali. *Lugd. Batavor.* 1659. fol. und *Io. Steph.* PÜTTER in Diſſ. de praeventione atque inde nata praeſcriptione fori, cum praefatione *Io. Ge.* ESTORIS. *Marb.* 1744. 4. (in EIUS *Opusc.* Nr. 2.) et in Diſſ. de praeventione in cauſis appellationis ſpeciatim ſummorum Imp. tribunalium. *Goett.* 1766. (in *Opusc.* Nr. 12.)

27) RICHTER cit. Princip. §. 5.

die Prävention der zuvorkommende Richter dergestalt ausschließlich zuständig, daß kein Theil von ihm wieder abgehen kann[28]). Das Gericht begründet diese Prävention in Ansehung des Klägers, sobald es auf die Klage, welche ein gerichtliches Verfahren in der Sache veranlassen konnte, die Vorladung des Beklagten verfügte, in Ansehung des Beklagten hingegen, sobald diesem die gehörig ausgefertigte Ladung gehörig eingehändiget worden ist[29]). Die Wirkung der Prävention besteht nun darin, daß von jener Zeit an die dem Kläger sonst zustehende Wahl in Ansehung des Gerichtsstandes jetzt wegfällt, ja die L. ult. Cod. de in ius vocando drohet sogar dem Kläger den Verlust seines Rechts, wenn er mit Verletzung der Prävention die durch die ausgewirkte Ladung einmal anhängig gemachte Sache an den andern Richter bringen würde. Ob nun gleich die heutige Gültigkeit dieser römischen Verordnung aus dem Grunde, weil sie erst in neuern Zeiten von Cujaz[30]) aus den Büchern der Basiliken wieder hergestellet worden, und also zu den nicht glossirten Gesetzen des römi-

28) *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de duarum vel plurium iurisdictionum in una eademque causa conflictu. *Erf.* 1732. rec. *Ienae* 1748. §. 4. giebt die Regel: *Quotiescunque duo vel plures diversi iudices existunt, quorum unicuique per se et in solidum circa unam eandemque causam, de qua controvertitur, vere fundata iurisdictio competit, toties in conflictu legitime praeveniens in iure dicundo profligat removetque praeventum.*

29) *Nov. 112. cap. 3. cap. 20. X. de off. et potest. iud. deleg. cap. 19. X. de foro comp.* PÜTTER c. l. cap. V. MALBLANC Consp. rei iudic. §. 149. und Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 52.

30) Observat. iur. Rom. Lib. XIII. Cap. 11.

römischen Rechts gehört, vielem Zweifel unterworfen ist [31]); so kann doch wenigstens so viel nicht geläugnet werden, daß der Richter, für den die Prävention streitet, gegen die Parthey, die solche verletzt, auf vorgängiges Ansuchen, unbedingte Strafbefehle zu erkennen, und sich durch alle zweckmäßige Mittel bey seiner Gerichtsbarkeit zu schützen, allerdings befugt sey [32]). Jedoch fällt die Wirkung der Prävention alsdenn weg, wenn die Klagschrift als inept verworfen worden ist [33]).

§. 236.

31) *Ulr.* HUBERUS in Praelect. ad Dig. h. t. §. 19. pag. 107. (*edit. Franequeranae* 1689.) sagt: *Sed est graeca constitutio, ex Basilicis desumta, quae non erat in Codice, cum primum* IUSTINIANI *disciplina in orbe Christiano recepta est: ideoque non habet legis vim in iudiciis.* Man vergleiche, was ich von diesen legibus restitutis im 1. Theile meines Commentars §. 53. S. 325. und besonders §. 56. gesagt habe. Daß indessen die angeführte *L. ult. Cod. de in ius voc.* gegen die Regel in der heutigen Praxis recipirt sey, bezeugen LAUTERBACH in Colleg. Pandect. Lib. XLIV. Tit. I. §. 20. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4350. not. h. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 223. not. i.

32) Danz in den angeführten Grundsätzen §. 39. S. 106.

33) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 3. Not. 4. IDEM Elect. disceptat. forens. Tit. IV. §. 86. PÜTTER in cit. Diss. de praevent. et inde nata praescript. fori. Cap. V. §. 75. et 120.

§. 236 d.

d) Wirkung der Rechtshängigkeit.

Durch Anstellung einer förmlichen Klage, und darauf erkannte und gehörig insinuirte Ladung wird ferner d) eine Litispendenz in der Maaße bewirkt, daß der Rechtsstreit bey dem Gericht, wo er einmal anhängig gemacht worden ist, fortgesetzt werden muß, wenn gleich der Beklagte hernach durch Standes- oder Wohnungsveränderung unter ein anderes Forum kommen sollte [34]), oder gar die Person des Beklagten durch eintretenden Todesfall verändert würde [35]). Schon das römische Recht [36]) schreibt diese

34) Clem. 2. *Ut lite pendente nihil innov.* *Cap. 19. X. de foro compet.* de COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. XLIV. Tit. I. Qu. 2. L. B. a WERNHER in select. Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 361. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſ. P. II. Deciſ. LXVI. nr. 6. von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden P. CXXII. Nr. 1. *Io. Wilh.* DIETMARI Progr. de praeventione et litispendentia. *Ienae* 1757.

35) Daher muß der Erbe des Beklagten, er sey, wes Standes er wolle, den Gerichtsstand des verstorbenen Erblassers anerkennen, wenn mit demselben die Sache schon rechtshängig gemacht worden ist. *L. 34. D. de iudiciis.* LAUTERBACH in Colleg. Pandect. th. pr. Lib. V. Tit. I. §. 57. und *Io. Christoph.* KOCH in Diſſ. de foro heredis. *Gieſſ.* 1771. §. 8.

36) *L. 7. D. de iudiciis.* Si quis, poſteaquam in ius vocatus eſt, miles vel alterius fori eſſe coeperit, in ea cauſa ius revocandi forum non habebit, quaſi praeventus. Die Redensart REVOCARE FORUM heißt so viel als *fori exceptione uti*, i. e. *allegare, ſe ibi iudicium ſuſcipere minime teneri, atque alibi conveniri debuiſſe*, wie solche *Caſp.* ZIEGLER in Praelect. publicis in Decretales Lib. II. Tit. 2. ad cap. 19. de foro compet. richtig

diese Wirkung zum Theil der in ius vocationi zu; und wenn gleich das canonische Recht [37]) überhaupt verordnet, daß der Zustand eines solchen anhängig gemachten Rechtsstreits weder durch Ablehnung des einmal begründeten Gerichtszwanges, noch durch Auswirkung nachtheiliger Rescripte, und andere dergleichen Attentate geändert werden soll, so ist doch deswegen nicht zu behaupten, daß durch das päbstliche Recht der bloßen Einhändigung der Ladung auch diejenigen Wirkungen der Rechtshängigkeit seyen mitgetheilt worden, welche nach dem römischen Rechte nur die Litiscontestation hervorzubringen vermochte [38]). Selbst die angeführte Clementine bestimmt die Sache sehr genau, und giebt mit den Worten: Quum, lite pendente, nihil debeat innovari; litem *quoad hoc* pendere censemus, postquam a iudice competente in ea citatio emanavit, et ad partem citatam pervenit etc. deutlich genug zu erkennen, daß diese Litispendenz von der bloßen Ladung nur quoad hoc, nämlich keine Neuerungen vorzunehmen, sondern dem Processe in der Maaße, wie er anhängig gemacht wor-

richtig erklärt. Mit der angeführten *L. 7.* ist noch zu verbinden *L. 19. D. de iurisdict.*

37) Ausser den angeführten Texten gehört auch tot. Tit. Decretal. *Ut lite pendente nihil innovetur* (Lib. II. Tit. 16.) hierher, welchen *Casp.* ZIEGLER in den angeführten Praelectionib. publicis in Decretales vortreflich erläutert.

38) Man vergleiche vorzüglich *Dan.* SCHÜTTE (oder eigentlich *Io. Frid.* BRANDIS) Diss. de praescriptione litispendentiae. (*Goett.* 1784.) Cap. I. §. 4. Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 3. Th. Resp. XCVIII. nr. 43. ff. S. 816. und Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 38. S. 109. der Gönn. Ausg.

worden ist, seinen Lauf zu lassen, verstanden seyn solle, ohne deswegen alle übrige Wirkungen der Litiscontestation darunter zu begreifen. Daher behaupten nicht nur die Lehrer des päbstlichen Rechts [39]), sondern auch andere practische Rechtsgelehrten [40]), daß z. B. die Wirkung der Fortdauer und Perpetuirung der Klagen, desgleichen die Uebertragung der aus einem Verbrechen entspringenden Klagen auf die Erben, noch immer zu den Folgen der Litiscontestation und Einlassung auf die Klage nach der hierin nicht geänderten Verordnung des römischen Rechts [41]) zu rechnen, und hierzu die bloße Insinuation der Ladung keinesweges hinlänglich sey [42]).

§. 236.

39) ENGEL in Colleg. iuris canon. Lib. II. Tit. V. nr. 6. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 596. *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 148. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. German. Tom. II. P. III. §. 181.

40) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 43. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XXIII. §. 2. Idem in Elect. disceptat. forens. Tit. IV. Obs. 5. nr. 4. *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. nr. IV. EMMINGHAUS ad Eundem Not. o. *Car. God.* WINCKLER de discrimine inter litis contestationem iure vet. ac hodierno Sect. III. §. 3. et 4. Pütter a. a. O. nr. 46. u. 47. Danz a. a. O. S. 110.

41) *L. ult. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor. §. 1. I. de perpet. et temp. action. L. 164. D. de Reg. Iur. L. 13. pr. D. de iniuriis.*

42) Anderer Meinung ist Martin im Lehrbuche des bürgerl. Prozesses §. 140. Allein es ist ein Unterschied zwischen der bloßen Unterbrechung der Verjährung und der Perpetuation der Klagen. Jene geschieht durch die bloße Insinuation der Ladung, letzte erfordert Einlassung auf die

Klage.

§. 236. e.

e) Perpetuirung der Gerichtsbarkeit.

Durch eine gehörig erlassene Citation wird endlich e) auch die Gerichtsbarkeit perpetuirt, das ist, wenn der Richter nur eine aufgetragene Gerichtsbarkeit hat, so kann er solche in der Sache, in welcher er die Citation erlassen hat, fortsetzen, wenn auch gleich derjenige, der den Auftrag ertheilet hat, ehe die Sache geendiget ist, mit Tode abgehen sollte [43]). Diese Wirkung hat das canonische Recht der Ladung beygelegt [44]). Denn nach dem römischen Rechte wurde erst durch die Litiscontestation eine Perpetuirung der Gerichtsbarkeit bewirkt, wie ich an einem andern Orte gezeigt habe [45]).

Klage. Man vergleiche vorzüglich BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 26. Not. 13. et HAUBOLD ad *Eundem* not. e. pag. 291. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 69. pag. 265. sq. und MALBLANC Digest. P. II. §. 369. nr. II.

43) *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 8. Nr. III. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 43. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. German. Tom. II. P. III. §. 180. Nr. IV. pag. 267. Ein merkwürdiges Beyspiel führt Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 134. an.

44) *Cap. 20. X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

45) Siehe dieses 3. Theils 1. Abschn. §. 208. S. 300.

§. 237.

Fälle, in welchen die Citation ihre rechtliche Wirkung verliert.

Die bemerkten Wirkungen einer ergangenen Ladung fallen jedoch in folgenden Fällen weg.

1) Wenn beyde Theile weder selbst noch durch Anwälde in dem anberaumten Termine erscheinen, ohne denselben gehörig abgekündiget zu haben. In diesem Falle wird der Termin für circumducirt gehalten, und es ist nun so gut, als ob gar keine Ladung erlassen worden wäre [46].

2) Wenn hingegen nur der Kläger, auf dessen Gesuch die Citation erlassen wurde, im ersten Termine ausbleibt, so wird dadurch die Ladung nicht ganz ungültig. Zwar wird die Citation in so weit circumducirt, daß der Beklagte um eine Entbindung von der Instanz, und den Ersatz der Kosten bitten kann [47], welches die Folge hat, daß die Klage für nicht angestellt gehalten wird, mithin der Kläger solche aufs neue anstellen, dem Beklagten aber erst die Kosten des versäumten Termins erstatten, und zugleich Sicherheit wegen Fortsetzung des Prozesses bestellen muß [48]. Allein die Wirkung der Prävention wird dadurch nicht aufgehoben, sondern der Kläger ist bey Anstellung der neuen Klage an den vorigen Richter gebunden [49]. Es wäre denn,

46) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de termino circumducto. *Ienae* 1709. CARPZOV Respons. Lib. II. Tit. III. Resp. 47. nr. 5. sqq.

47) *L.* 73. *in fin. D. de iudic.*

48) CARPZOV in Processu iuris Tit. VIII. Art. I. nr. 9. et 29.

49) CARPZOV in Processu Tit. IX. Art. 3. nr. 70. et 71. *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de conflictu iurisdictionum §. 13. in fin.

PÜT-

denn, daß der Beklagte den Ungehorsam des Klägers nicht angeklagt, und hierdurch in die Aufhebung des Termins gewilliget hätte, in welchem Falle es eben so gut ist, als ob beyde Theile nicht erschienen wären, und auch die Wirkungen der Prävention und Litispendenz fallen weg [50]).

3) Wenn die Citation in Ansehung ihrer Ausfertigung oder Insinuation einen wesentlichen Mangel hat. Stellet sich jedoch der Vorgeladene, des Mangels ohngeachtet, freywillig; so erhält dadurch die Ladung ihre volle Kraft, und die Einrede gegen die mangelhafte Citation findet nicht weiter Statt, wenn er die ihm in derselben auferlegte Handlung einmal ohne Protestation verrichtet hat [51]).

PÜTTER in Diss. cit. de praeventione et inde nata praescr. fori Cap. V. §. 74. Danz in den Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes §. 39. Not. n.

50) ZANGER in Tract. de exceptionib. P. II. Cap. XIII. nr. 11. sqq. MEVIUS P. II. Decis. 67. WILDVOGEL cit. Diss. §. 14.

51) GAILL Lib. I. Obs. 58. WERNHER Tom. I. P. I. Obs. 346. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. medit. 6. Danz in den Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes §. 117.

Lib. II. Tit. V.

Si quis in ius vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

---

§. 238.

Edict des Prätors wider diejenigen, die der in ius vocationi privatae keine Folge leisteten. Strafe. Entschuldigungsursachen.

Dieser und die folgenden beyden Titel beziehen sich noch auf die römische in ius vocatio privata. Es war eine Hauptmaxime derselben, daß der Beklagte gleich folgen, und zum Prätor mitgehen mußte, wenn er nicht Caution leisten konnte. Verweigerte der Vorgeladene beydes, so konnte zwar der Kläger Gewalt brauchen. Allein es war nicht eines jeden Klägers Sache, mit dem Beklagten handgemein zu werden. Deswegen verordnete der Prätor, daß er den Ungehorsamen nach Befinden der Sache in eine Geldstrafe verurtheilen werde [52]). Dagegen entschuldigte jedoch den Beklagten:

1) wenn die Ursache seines Benehmens gegen den Kläger nicht sowohl Verachtung der Obrigkeit, als vielmehr eine gänzliche Unkunde der Rechte (rusticitas) zum Grunde hatte.

2) Wenn dem Kläger durch das Aussenbleiben des vor Gericht Geforderten kein Schade erwachsen war; es war z. B. ein Feyertag, an welchem ohnedem kein Gericht gehalten wurde.

3) Wenn

52) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

3) Wenn die Obrigkeit, vor welche der Beklagte gefordert worden, notorisch incompetent war. Glaubte blos der in ius vocatus, daß er dem Gerichtszwange dieser Magistratsperson nicht unterworfen sey, es beruhete aber die Sache noch auf weiterer Erörterung, so mußte der Beklagte in einem solchen zweifelhaften Falle doch erscheinen, *ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit*, wie Paulus [53]) sagt. Endlich

4) wenn der Beklagte eine solche Person war, die nach dem Edict des Prätors nicht privatim in ius vocirt werden durfte. Von dieser letztern Entschuldigungsursache ist zwar in den Gesetzen dieses Titels selbst nichts zu finden, allein sie erhellet aus der Rubrik dieses Titels, und der Ueberschrift der L. 48. D. de verb. significat. [54]).

§. 239.

Heutiger Gebrauch dieses Titels. Vor wen gehört das Erkenntniß über die Zuständigkeit des Richters? Wie? Wenn die Jurisdiction unter mehreren Richtern streitig ist, findet in diesem Falle eine Strafe des Ungehorsams Statt?

Nach heutigem Rechte ist zwar eine solche in ius vocatio privata unverbindlich, dergleichen hier vorausgesetzt wird (§. 220. S. 352.). Es kann daher auch von keiner Strafe des Ungehorsams in einem solchen Falle die Rede seyn. Allein ist die Citation auf ausdrücklichen Befehl des competenten Richters geschehen, und der Geladene hat derselben absichtlich keine Folge geleistet, so kann der Richter un-

53) *L. 2. pr. h. t.*

54) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5.

unstreitig auch noch heutiges Tages den Ungehorsamen in eine Geldstrafe verurtheilen[55]). Vorgeschützte Einfalt und gänzliche Unwissenheit der Rechte kann heutiges Tages auch selbst den Landleuten nicht weiter zur Entschuldigung gereichen, indem eines Theils jeden Menschen schon die Vernunft lehrt, der Obrigkeit gehorsam zu seyn, und ihre Befehle mit Ehrerbietung zu befolgen[56]), andern Theils aber es den Landleuten nicht an Gelegenheit fehlt, erfahrne Leute zu Rathe zu ziehen, folglich, wenn sie dieses, ihrer Schuldigkeit gemäß, nicht gethan haben, gegen ein so ausserordentliches und grobes Verschulden ihnen keine Unwissenheit zu statten kommen, und sie gegen die verwirkte Strafe des Ungehorsams entschuldigen kann[57]). So wie jedoch die von einem offenbar incompetenten Richter erlassene Citation von gar keiner Wirkung ist (§. 226. S. 366.); so kann auch, wenn der Geladene dieser keine Folge geleistet hat, von keiner Strafe des Ungehorsams die Rede seyn, welche hingegen in dem Falle allerdings Statt findet, wenn die Zuständigkeit des ladenden Richters nur zweifelhaft war, weil in einem solchen Falle die Gesetze den Geladenen ausdrücklich verbinden, sich gebührend vor Gericht zu stellen, und

55) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. theor. pract. h. t. §. 7.

56) Es findet hier allerdings statt, was Javolen sagt *L. 199. D. de Reg. iur.* Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.

57) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. med. 4. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477. SCHORCH in sentent. et respons. Sent. CCIX. nr. 12. CANNGIESER in Decision. summi procat. senat. Hasso-Cassell. T. I. Decis. 153. nr. 1.

und daselbst seine vermeintliche Einrede anzuführen [58]). Wer ist aber über diese Einrede zu erkennen befugt? Man unterscheide; der Streit ist entweder darüber, ob dem Richter, der die Citation erlassen hat, überhaupt eine Gerichtsbarkeit zustehe, oder ob seine Gerichtsbarkeit in der gegenwärtigen Sache gegründet, oder ob der Vorgeladene dem Gerichtszwange desselben unterworfen sey. Im ersten Falle ist der ladende Richter, da der Streit ihn selbst betrifft, in dieser Sache zu erkennen nicht befugt [59]); wohl aber in den beyden letztern Fällen, weil er hier nicht in seiner eigenen Sache Recht spricht, sondern blos die Gerechtsame seines öffentlichen Amtes zu vertheidigen sucht, welches ihm sogar als Pflicht obliegt [60]). Denn es ist Pflicht eines jeden Richters, die ihm anvertraute Gerichtsbarkeit kräftigst zu handhaben, und gegen alle Eingriffe zu vertheidigen [61]). Der Richter erkennt nun entweder, daß die Sache nicht vor dieses Gericht gehöre, und spricht daher den Beklagten von

diesem

58) *L. 5. D. de iudic.* Man erinnere sich hier an dasjenige, was ich an einem andern Orte §. 266. Not. 6. hiervon ausführlicher gesagt habe.

59) Die Untersuchung dieser Sache gehört für den Oberrichter. S. CARPZOV in Iurispr. for. P. I. Const. III. Def. XI. nr. 1. et 2. ZANGER in Tr. de exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 446. KLOCK Consil. Tom. I. Cons. XIV. nr. 131. sqq.

60) *L. 2. §. 1. L. 5. D. de iudic. L. 2. pr. D. h. t. Cap. 7. de privileg. in 6to.*

61) ENGEL in Colleg. univ. iuris canon. Lib. II. Tit. II. §. 5. STRYK in Us. mod. Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 6. Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 25.

diesem Gerichtszwange frey [62]), oder er erkennt, daß seine Gerichtsbarkeit in der gegenwärtigen Sache gegründet sey, folglich Beklagter bey Strafe des Ungehorsams sich vor diesem Gericht auf die Klage einzulassen schuldig. Im letztern Falle findet zwar, wenn der Beklagte durch diesen Bescheid beschwert zu seyn glaubt, die Appellation Statt [63]). Allein ist das Erkenntniß einmal rechtskräftig geworden, so kann, wenn der Beklagte nicht erscheint, in der Hauptsache selbst gegen den Ungehorsamen verfahren werden [64]). Wie aber? wenn über die Gerichtsbarkeit unter zwey Richtern Streit entstanden wäre, und der eine von denselben zwar die Citation an den streitigen Unterthan erlassen, der andere aber demselben bey Strafe verboten hätte, der Ladung Folge zu leisten? Kann unter diesen Umständen den Vorgeladenen entweder im Aussenbleibungsfalle die Strafe des Ungehorsams, oder im Erscheinungsfalle die von dem andern Richter gedrohete Strafe des Verbots treffen? Ich glaube nicht. Denn einmal gebührt es keinem Unterthan, keiner Privatperson, mithin auch dem Vorgeladenen nicht, über das Recht der streitenden Richter zu urtheilen, und dem einen oder dem andern Theile beyzupflichten. So lange also der Oberrichter den Streit nicht entschieden hat, ist der Citirte weder des einen noch des andern Richters Unterthan. Die streitenden Richter sind ja hier nicht als Richter, sondern

62) Der Richter kann in diesem Falle auch nach Befinden der Umstände den Kläger zur Erstattung aller verursachten Unkosten und Schäden verurtheilen. S. GAILL Lib. I. Obs. 34. nr. 4.

63) Arg. *Cap. 34. X. de Rescript.* MYNSINGER Centur. XVI. Obs. 88. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3.

64) S. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. I.

dern nur als Partheyen anzuſehen. Sodann aber nehme man zuerſt den Fall an, der Geladene ſey nicht erſchienen, und daher in die Strafe des Ungehorſams wirklich verurtheilt worden. Hier ſind zwey Fälle denkbar. Entweder der Oberrichter erkennt, daß dem Richter, der die Citation ergehen laſſen, in der ſtreitigen Sache die Gerichtsbarkeit zuſtehe, oder daß er ganz incompetent ſey. Im letztern Falle wird das verdammende Urtheil des citirenden Richters ohnehin nicht gelten [65]). Allein auch im erſtern Falle wird die erkannte Strafe des Ungehorſams wegfallen, weil dieſer Richter doch eigentlich nun erſt durch das Erkenntniß des Oberrichters für zuſtändig iſt erklärt worden, mithin vorher kein Ungehorſam denkbar war [66]). Nun ſetze man hingegen, der Vorgeladene ſey erſchienen, und habe ſich vor dem citirenden Richter, des von dem gegenſeitigen Richter an ihn ergangenen Verbots ungeachtet, auf die Klage eingelaſſen; kann der Strafbefehl des andern Richters an ihm vollſtreckt werden? Keineswegs, denn, wenn ſich's auch am Ende finden ſollte, daß der citirende Richter nicht der gehörige Richter des Beklagten geweſen, ſo kann doch dem Vorgeladenen hierbey um ſo weniger etwas zur Laſt gelegt werden, da es ja einem Beklagten erlaubt iſt, die Jurisdiction zu prorogiren [67]).

65) *L. 4. Cod. Si a non compet. iudice.*

66) *L. 53. §. 3. D. de re iudic.*

67) Man ſehe vorzüglich HOMMEL in Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. V. Obſ. 697.

Lib. II. Tit. VI.

In ius vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

§. 240. a.

Sicherheitsleistung des Beklagten, wodurch er sich von der Gewalt des in ius vocantis befreyen konnte. Bedeutung des Worts *Vindex*. Wahre Bestimmung und Qualität desselben.

Wenn bey der römischen in ius vocatione privata der Beklagte einen Bürgen stellen konnte, welcher für ihn gut sagte, daß er sich vor Gericht stellen werde, oder welcher gar für ihn erschien, und ihn im Gericht vertheidigte, so mußte ihn der Kläger sofort loslassen, oder er setzte sich einer Injurienklage aus [68]**. Schon in den XII. Tafelgesetzen war verordnet:** SI EN SIET, QUI IN IUS VOCATUM VINDICIT, MITTITOD [69]**. Diese Worte erklärt Gellius** [70] **folgendermaßen:** *Si tamen sit aliquis, qui pro in ius vocato vel prenso fideiubeat, dimittitor.* **Cajus hingegen in seinem Commentar über die XII. Tafelgesetze** [71] **drückt sich so aus:** *In ius vocatus dimittendus est, si quis eius personam defendet.* **Ein solcher Bürge wurde** *Vindex* **ge-**

68) *L. 5. §. 1. D. Qui satisdare cog. Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 22. nr. 12. seqq.

69) S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Fragm. XII. Tabular. in Desselben *Fontib. quatuor iuris civ.* und *Io. Nic.* FUNCCIUS ad LL. XII. Tabular. pag. 72. sqq.

70) *Noct. Atticar. Lib. XVI. Cap. 10.*

71) *L. 22. D. de in ius vocando.*

genennt, welches Wort Feſtus [72]) ganz richtig davon ableitet, quod vindicet, quominus is, qui prenſus eſt, ab aliquo teneatur. Denn das Wort *vindicare* heißt hier ſo viel als iuſto ac legitimo modo in ius vocatum liberare ac defendere [73]). In den Geſetzen unſerer Pandecten findet man jedoch den Ausdruck *vindex* nicht mehr. Denn ſchon Salmaſius [74]) hat bemerkt, daß ſich die Verfaſſer unſerer Pandecten aller der alten Ausdrücke und Formeln, mit welchen man ſich ehemals für andere verbindlich zu machen pflegte, weil ſie zu ihren Zeiten ſchon obſolet waren, überall ſorgfältig enthalten, und ſtatt deren blos die Benennung *fideiuſſor* beybehalten haben, welche denn auch in den Geſetzen dieſes Titels vorkommt. Ueber die eigentliche Beſtimmung und Abſicht jenes *Vindex* denken die Rechtsgelehrten ſehr verſchieden. Der ſchon öfters angeführte van Zees [75]) behauptet, dieſer vindex habe die perſönliche Vertheidigung des Beklagten übernommen, und ſey für ihn vor Gericht erſchienen [76]). Allein Meiſter [77]) hält ihn für einen wahren Bürgen, der für die Schuld des Beklagten, weshalb derſelbe vor Gericht gefordert worden, zu

72) de Verb. Signif. voc. *Vindex.*

73) CICERO *de inventione Lib. II. cap. 54.* ſagt: VINDICATIO *eſt, per quam vis et iniuria et omnino omne, quod obfuturum eſt, defendendo aut ulciscendo propulſatur.*

74) *de modo uſurar.* Cap. XVI. pag. 699.

75) in Diſſ. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante L. C. fiebant. Cap. II. §. 36. et 37.

76) Eben ſo *Iac.* VOORDA Elector. cap. 25.

77) in Progr. ſub Tit. Vindex et Vas. Cap. I. §. 9. in *Opusc.* T. I. Nr. VI. pag. 288. ſqq.

zu mehrerer Sicherheit des Klägers, mittelst einer Stipulation, gutgesagt, und hierdurch den Beklagten von der Gewalt des Klägers befreyet habe. Råvard [78]) glaubt hingegen, der vindex habe gleich die Zahlung für den Beklagten geleistet, und erklärt hieraus die Stelle der Zwölftafelgesetze: *assiduo vindex assiduus esto*, quo ipso, sagt er, aliud nihil visi sunt voluisse Decemviri, quam assiduos non servitiis cuiusquam aut deditionibus, sed *assibus vindicandos*. Wenn es nun gleich keiner dieser Meinungen an Gründen fehlt [79]); so ist doch so viel gewiß, daß nach dem Edict des Prätors, wovon in diesem Titel die Rede ist, der Beklagte blos eine Caution iudicio sistendi causa durch einen Bürgen habe leisten dürfen [80]). Der Bürge versprach also mittelst der Stipulation, dafür gut zu seyn, daß der Beklagte an einem dem Kläger beliebigen Tage vor Gericht erscheinen solle [81]). Von dieser Caution ist in den Zwölftafelgesetzen keine Rede, sondern dieselbe hat der Prätor erst in seinem Edict eingeführt, um die Strenge jener Gesetze zu mildern [82]). Eigentlich mußte nun zwar dieser ein

78) Lib. sing. ad Legg. XII. Tabul. cap. 9.

79) S. meine Opusc. Fasc. II. pag. 313. not. 24.

80) *L. 1. et 4. D. h. t.* Siehe auch HEINECCIUS in Opuscul. postum. s. historia edictor. pag. 343.

81) Man vergleiche *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t.

82) S. *Bav.* VOORDA Diss. de vadimonio. Cap. II. §. 3. (in *Dan.* FELLENBERG Iurispr. antiqua T. II. pag. 16.) AVERANIUS c. l. nr. 15. und *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. T. I. h. t. et ad Eundem *Nic.* SMALLENBURG not. 1. pag. 277.

ein tüchtiger Bürge (fideiussor locuples) seyn, von dessen Eigenschaften in dem Titel: *Qui satisdare cogantur* etc. ein Mehreres vorkommt; allein unter nahen Anverwandten mußte jeder Bürge angenommen werden [83]).

§. 240. b.

Heutiger Gebrauch dieses Titels.

Unser Verfasser meint, daß heutiges Tages von dem Inhalt dieses Titels gar kein Gebrauch zu machen sey, weil er blos auf die römische in ius vocatio privata seine Beziehung hat. Diese Meinung gewinnt dadurch noch mehrern Schein, daß selbst nach dem neuern röm. Rechte [84]) der vor Gericht geforderte Beklagte nicht sogleich mitzugehen schuldig war, sondern demselben eine Bedenkzeit von wenigstens zwanzig Tagen gelassen werden mußte, um bey sich überlegen zu können, ob er es auf den Proceß ankommen lassen, oder den Kläger lieber in Güte befriedigen wolle. Es kann auch nicht geläugnet werden, daß, wenn die Ladung, wie heut zu Tage gewöhnlich ist, auf ausdrücklichen Befehl des gehörigen Richters durch den Gerichtsdiener geschiehet, der Vorgeladene sich durch keine Cautionsleistung von

83) *L. 1. 2. et 3. D. h. t.* Das Edict, dessen Ulpian hier Erwähnung thut, kommt *L. 2. §. 2. D. Qui satisdare cog.* vor. S. VOORDA Elector. cap. 25. *Bav.* VOORDA cit. Diss. cap. III. §. 7. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjectur. iur. civ. Lib. II. cap. 28. und SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas h. t. pag. 278.

84) *Nov. LIII. cap. 3. Auth.* Offeratur. *Cod. de litis contestat.*

von der Verbindlichkeit vor Gericht zu erscheinen, zu befreyen im Stande sey, sondern schlechterdings erscheinen, oder nachtheilige Folgen gewärtigen müsse [85]). Insofern jedoch die in ius vocatio privata auch noch heutiges Tages Statt finden kann (§. 220.), oder von einer Realcitation (§. 222.) die Rede ist, so kann von diesem Titel allerdings noch Gebrauch gemacht, und durch Caution die Folge des Arrests vermieden werden [86]).

85) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 1.

86) HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 6. et 7.

Lib.

Lib. II. Tit. VII.

Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.

---

§. 241.

Strafe desjenigen, der einen vor Gericht geforderten Beklagten aus des Klägers Händen durch Gewalt oder List befreyet hatte. Erläuterung der *L. 5. §. 1. D. h. t.* Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Daß der Kläger, wenn der Beklagte seinem Rufe nicht folgen, und gutwillig mit ihm gehen wollte, Gewalt brauchen konnte, ist bereits oben (§ 218. S 341.) bemerkt worden. Wenn nun ein Dritter sich dem Kläger in diesem rechtmäßigen Unternehmen widersetzte, und den Beklagten mit Gewalt aus des Klägers Händen befreyete, gesetzt auch, daß es nicht gerade aus bösem Vorsatz, sondern blos in der irrigen Meinung geschahe, als ob der Kläger nicht befugt gewesen, den Beklagten mit Gewalt vor's Gericht zu ziehen; oder wenn auch nur der Dritte sonst durch List und Bosheit es veranlaßte, daß der Beklagte entkam, und sich nun nicht vor Gericht stellete; so gab der Prätor dem Kläger gegen diesen Dritten eine Klage (actionem in factum), wodurch er auf eine Privatgeldstrafe klagen konnte, welche der Kläger selbst nach dem Verhältniß des Gegenstandes derjenigen Klage bestimmte, die er wider den vorigen nun entkommenen Beklagten anstellen wollte. Diese mußte der Dritte, und nunmehrige Beklagte bezahlen, wenn er auch beweisen konnte, daß der

Kläger von dem durch ihn losgekommenen Beklagten wirklich nichts zu fordern gehabt hätte. Denn auch dem Chikaneur stand diese Pönalklage zu, nicht sowohl, um dadurch die Strafwürdigkeit eines verachteten obrigkeitlichen Ansehens desto bemerklicher zu machen, als vielmehr aus besonderm Faveur gegen diejenigen, welche auf dem gesetzlichen Wege ihr Recht suchen, und mit Hülfe der Obrigkeit solches geltend machen wollen, aber auch aus gerechtem Eifer und Mißfallen über Thathandlungen, wodurch man den Lauf der Rechtspflege zu hindern suchte. Folgende Stellen aus Ulpians und Paulus *libris ad Edictum* sind hier besonders merkwürdig: Hoc Edictum Praetor proposuit, ut metu poenae compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt [87]). Quod Praetor praecepit, *vi eximat*: vi an et dolo malo? sufficit vi, quamvis dolus malus cesset [88]). — Sed EXIMENDI verbum generale est, ut POMPOMIUS ait: *eripere* enim est de manibus auferre per raptum: *eximere* quoquo modo auferre: utputa si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quominus in ius veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit [89]). — In eum autem, qui vi exemit, *in factum iudicium* datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed *quanti ea res est, ab actore aestimata, de qua controversia est.* Hoc enim additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.

87) *L. 1. pr. D. h. t.*

88) *L. 3. §. 2. D. h. t.* BACHOV ad Πρῶτα Pandect. p. 480. seq.

89) *L. 4. D. eod.*

qui [90]). Ueber diese letztere Stelle ist viel gestritten worden. Lesenswürdig ist, was insonderheit Johann Steck [91]) und Jacob Gothofredus [92]) gegen Anton Faber [93]) mit großer Gelehrsamkeit darüber geschrieben haben. Das Resultat ihrer Meditationen ist, daß die Worte *ab actore* nicht, wie Faber will, wegzustreichen, sondern theils wegen des ganzen Zusammenhangs, theils weil sie auch in den Basiliken stehen, beybehalten werden müßten; der Kläger auch das, was er als Strafe von dem Exemtor zu fordern berechtigt war, nicht mittelst Eides bestimmt [94]), sondern gegen denselben gerade darauf geklagt habe, was seine Klage gegen den ihm entrissenen erstern Beklagten enthielt [95]). Diese Erklärung bestätigt auch, wie ich noch hinzu-

90) *L.* 5. §. 1. *D. eod.*

91) in Vindicationib. legum anticrit. Cap. I. In *Ev.* OTTONIS *Thes. Iur. Rom.* Tom. I. pag. 510.

92) in Animadversion. iuris civ. libro Cap. I. In *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 266. sqq.

93) in Rational. in Pandect. ad L. 5. §. 1. D. h. t.

94) Hierin stimmen auch *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar in IV. libr. Institution. Iustin. (*Lugd.* 1588. fol.) ad §. 12. I. de action. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 4. überein.

95) *Io.* STECK a. a. O. sagt: *Sensus igitur legis est: Non ad id, quod vere debetur actori ab exemto, condemnatur, qui exemit, sed ad eam summam, quae ab actore in libello petita, licet exemtus forte tantam non debuerit. Sibi enim imputet, quod, cum exemerit in ius vocatum, summam petitam ab actore, forsan debito maiorem, solvere teneatur: dico, summam libello petitam, quae est aestimatio illa actoris, de qua lex loquitur.* Und eben so *Iac.* GOTHOFREDUS a. a. O. pag. 270. *Veris-*

hinzufüge, Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [96]), welcher sagt: Τὸν ἐμὸν, ὑπεύθυνον, ἀγόμενον ἐπί δικαστήριον, βίᾳ εξείλετό τις, ἢ κατὰ δόλον οὐ συνεχώρησεν ἐλθεῖν ἐπὶ τὸ δικαστήριον, καταδικασθήσεται τῇ in factum, τοσοῦτον, ἀπαιτούμενος, ὅσον ἐγὼ τόν καλούμενον ἐπὶ τὸ δικαστήριον ἀπήτουν: d. i. Eum, qui obligatus mihi erat, in ius vocatum, vi aliquis exemit, aut per dolum non permisit in iudicium venire, condemnabitur actione in factum, et *tantum ab eo exigetur, quantum ego ab illo in ius vocato exigebam* [97]). Als Pönalklage hatte diese actio in factum nicht gegen die Erben Statt, sie dauerte auch nicht länger als ein Jahr [98]); sie befreyete auch den Beklagten, welcher eximirt worden, von dem Anspruche des Klägers nicht [99]), und wenn mehrere an der unerlaubten Handlung der Exemtion Antheil genommen hatten, so konnte die Klage gegen einen jeden auf das Ganze angestellet werden [100]).

Wenn

Verissimum igitur tandem est, in eum, qui in ius vocatum vi exemit, petitionem eius dari actori, quod ipse ab in ius vocato libello suo petiit: Libello *inquam, qui petitionis summam vel quantitatem olim continere debebat.* L. 2. Cod. Hermog. de calumniator. et plus petendo, et L. 2. §. 5. D. Qui satisd. cog.

96) Lib. IV. Tit. VI. §. 12. in fin. *edit.* REITZ Tom. II. pag. 802.

97) Mir stimmt hierin auch bey *Nic.* SMALLENBURG ad *Ant.* SCHULTINGII notas ad Pand. h. t. T. I. pag. 280.

98) *L. 5. §. 4. D. h. t.*

99) *L. 5. §. 3. L. 6. D. h. t.*

100) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

Wenn heutiges Tages sich der Fall ereignen sollte, daß ein Dritter den vor Gericht geladenen Beklagten boshafter Weise abhalten sollte, vor Gericht zu erscheinen, so wird derselbe nicht nur für diese Frevelthat willkührlich von der Obrigkeit bestraft, sondern er kann auch von dem Kläger deshalb auf das Interesse belangt werden [1]). Ja diese Klage findet sogar gegen einen Richter Statt, welcher dem vor Gericht Geladenen widerrechtlicher Weise untersagte, sich zu stellen [2]).

1) STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 1. HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. pag. 118. *Io. Tob.* RICHTER ſelect. iuris princip. ad ord. Digeſtor. expoſ. Diſſ. IV. §. 7.

2) HOMMEL in Rhapſod. Quaeſt. for. Vol. V. Obſ. 697. nr. 5. pag. 438.

Lib. II. Tit. VIII.

Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur.

---

§. 242.

Eigentlicher Gesichtspunct dieses Titels. Ursachen, warum die Satisdation für sicherer gehalten wurde, als die Caution durch Pfand.

In den Gesetzen dieses Titels ist eigentlich nur von den verschiedenen Arten der Cautionsleistung die Rede, wodurch sich bey den Römern der in ius vocatus von der Verbindlichkeit, dem Kläger sogleich zu folgen, befreyen konnte. Diese Caution hieß *de iudicio sisti*, ehemals *vadimonium* [3]), wodurch der Kläger Sicherheit erhielt, daß sich der Beklagte zur bestimmten Zeit vor Gericht stellen werde. Ob nun gleich die cautio de iudicio sisti ordentlicher Weise durch Bürgen geleistet wurde, so gab es doch Fälle, wo auch ein eidliches, ja wohl nur ein simples Versprechen zur Caution angenommen wurde. Z. B. wenn Jemand, der das ius revocandi domum hatte, in Rom war vor Gericht gefordert worden (S. 227.), so cavirte der Beklagte durch ein bloßes Versprechen, daß er sich zur bestimmten Zeit in seinem Wohnungsorte vor Gericht stellen wolle [4]).

Wen

3) Man vergleiche hier die elegante Dissertation des *Bavii* VOORDA de Vadimonio. *Trajecti ad Rhenum* 1751. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua.* Tom. II. pag. 3. sqq.)

4) *L.* 2. *§.* 7. *D. de iudiciis.*

Wen unvorhergesehene Ereignisse an der Erfüllung seines eidlichen Versprechens hinderten, beging deshalb keinen Meineid [5]). Hierdurch erklärt sich die Ueberschrift dieses Titels: *vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur.* Die Ursache, warum jene Caution nicht durch Pfandgebung bestellet wurde, war unstreitig die, weil der Kläger, wenn der Beklagte seiner Caution zu Folge nicht vor Gericht erschien, auf das Interesse klagte [6]), so wie dieses bey allen prätorischen Stipulationen üblich war [7]). Da sich nun dieses Quantum nicht immer voraus bestimmen ließ, so konnte man auch nicht wissen, welche Pfänder zur Sicherheit und Genugthuung des Klägers eigentlich genügten. Ueberdem wurde auch die Caution durch Bürgen darum für sicherer gehalten, weil Pfänder nicht immer einen Käufer finden, und manchen Zufällen unterworfen sind, der Richter auch oder die Parthey mit Verwahrung derselben belästiget wird, dahingegen die Hülfsvollstreckung wider die Bürgen viel leichter ist [8]).

Da diese Materie von den mancherley Cautionen de iudicio sisti, in Hinsicht auf die römische in ius vocatio privata allein, freylich zu wenig Nutzen für uns hat, so nimmt unser Verfasser Gelegenheit, hier von den verschiedenen beym Proceß überhaupt vorkommenden Sicherheitsleistungen zu handeln. Der

 Nutzen

5) *L. 16. D. h. t.*

6) *L. 2. §. 5. D. h. t.*

7) *L. 3. L. 7. D. de stipulat. praetor.*

8) NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Quaest. 1.

Nutzen einer solchen Lehre bedarf wohl keines umständlichen Beweises, da ohne dergleichen Cautionen, welche die streitenden Partheyen beym Proceß einander leisten müssen, nicht nur das erstrittene Recht des einen Theils, sondern auch das richterliche Ansehen, dem Spott und der Chikane blosgestellet seyn würde [9]).

§. 243.

Begriff und verschiedene Gattungen der Caution.

Cautio, Vorstand, Sicherheit, heißt überhaupt jedes Mittel, wodurch ich den Andern wegen eines etwa zu besorgenden Nachtheils sicher stelle. Hieraus erklären sich mancherley Bedeutungen dieses Worts, die wir in unsern Gesetzen finden [10]). Im eigentlichen Verstande aber wird unter Caution dasjenige verstanden, was ich dem Andern in der Absicht leiste, daß ich meine Verbindlichkeit erfüllen werde, wenn etwa das Gegentheil zu befürchten seyn möchte.

9) S. Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 157. und Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 479. ff. S. 715. der Gönn. Ausg.

10) So z. B. heißt *Cautio* auch ein jedes Document, jeder schriftliche Aufsatz, welcher zum Beweis, daß eine Verbindlichkeit vorhanden, oder daß sie aufgehoben sey, errichtet worden ist. Daher wird bald der Schuldschein, die Handschrift, die mir mein Schuldner über ein empfangenes Darlehn ausstellt, wie in den *L. 25. §. ult. D. de probat. L. 40. D. de reb. cred. L. 40. D. de minorib. L. 8. C. de non num. pecun.* bald die Quittung des Gläubigers, wodurch der Schuldner, daß die Schuld getilgt sey, gesichert wird, wie in den *L. 15. D. de probat. L. 2. C. de his, qui accus. poss. L. 32. §. 1. D. de admin. et peric. tutor.* Cautio genennt.

möchte. In einer dritten noch engern Bedeutung wird *Cautio* für eine solche Sicherheit genommen, welche durch ein bloßes Versprechen geleistet wird [11]), und der Satisdatio, oder Caution durch Bürgen entgegengesetzt [12]). Der Zweck aller Caution ist also Sicherstellung gegen einen besorglichen Nachtheil, sie setzt daher jederzeit eine dergleichen Besorgniß voraus, und fällt weg, wo kein Schade zu befürchten ist. Es giebt nun verschiedene Arten der Caution [13]).

A. Siehet man auf die Art und Weise, wie sie geleistet wird, so geschieht dies entweder

I. durch ein Versprechen ohne Darzwischenkunft von Etwas andern. Diese Art der Caution wird eine Verbalcaution genennt, und ist wieder von zweyerley Art. Sie wird entweder durch ein bloßes Versprechen, daß man seine Verbindlichkeit erfüllen werde, oder durch ein eidliches Versprechen geleistet. Erstere wird ein Vorstand vermittelst der bloßen Angelobung (*cautio nude promissoria*), letztere ein eidlicher Vorstand (*cautio iuratoria s. adiuratoria*) genennt. Oder die Bestellung geschiehet

II. durch die Darzwischenkunft von Etwas andern, woran sich der Gläubiger halten kann. Diese wird eine Realcaution genennt. Diese ist ebenfalls wieder sehr ver-

11) *L. 3. Cod. de Verbor. Significat.*

12) *L. 2. §. 6. D. de iudic. L. 63. §. 4. D. pro socio.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Verbor. Significat. h. v.

13) Man vergleiche hier Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 334. ff.

verschieden, wenn wir auf die verschiedene Eigenschaft derselben sehen. Sie hat entweder ein gewisses Recht zum Grunde, welches demjenigen, zu dessen Besten sie geschiehet, hierdurch ertheilet wird, oder sie besteht in einem bloßen Besitz und Verwahrung. Im ersten Falle ist das Recht, welches das Mittel der Sicherheit ausmacht, entweder ein persönliches, oder ein dingliches, je nachdem die Caution entweder durch Bürgen oder durch Unterpfand geleistet wird. Erstere wird *Satisdatio* [14]), oder *cautio fideiussoria*, letztere aber *cautio pignoratitia* genennt. Bestehet endlich die Sicherheit in einer bloßen Detention und Verwahrung, so ist der Gegenstand derselben entweder eine gewisse Person, welche zur Sicherheit in Verhaft genommen wird, oder eine gewisse Sache. Im erstern Falle heißt dieses der Vorstand durch den Arrest. Ein solcher findet z. B. Statt, wenn ein peinlicher Ankläger wegen der Injurie Schäden und Kosten eine andere hinreichende Sicherheit zu bestellen nicht vermag [15]); desgleichen, wenn Jemand dem andern Unglück und Verderben drohet, und zu befürchten ist, daß er seine Drohungen wirklich ausführen möch-

14) Zuweilen wird jedoch das Wort *Satisdatio* in einem weitläuftigern Verstande genommen, und darunter eine jede Caution, die durch Bürgen oder Pfand bestellet wird, verstanden. *L. 21. §. fin. D. de constit. pecun. L. 49. in fin. D. de solut. L. 1. §. 9. D. de collat. bonor.*

15) Carolin. Halsgerichtsordn. Art. 12. KRESS in Commentat. in Constit. Crim. Carol. Art. XII. §. 3. *de* BOEHMER Meditation. in C. C. C. Art. XII. §. 3. Ebenderselbe in Observat. select. ad *Carpzovii* pract. nov. rer. criminal. Quaest. CVI. Obs. 2. in fin. MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Pandect. Tom. I. Fasc. II. Obs. 135.

möchte, so kann ein solcher Mensch, wenn er keine genugsame Sicherheit, daß er seine Drohungen nicht zur Ausführung bringen wolle (*cautio de non offendendo*), leisten kann, zur Sicherheit des Bedroheten gefänglich verwahrt werden [16]). Im letztern Falle behält entweder der Gläubiger die Sache seines Schuldners, die er aus einer gerechten Ursache inne hat, zu seiner Sicherheit so lange im Besitz, bis die Schuld getilgt worden, oder sie wird dem Richter oder einem dritten sichern Mann in Verwahrung gegeben. Im erstern Falle ist dieses die Sicherheit durch Retention einer Sache [17]), im letztern Falle aber die Sequestration.

B. Siehet man auf die wirkende Ursache der Cautionsleistung, so beruhet diese entweder in einer rechtlichen Nothwendigkeit, weshalb man zur Bestellung derselben durch gerichtliche Zwangsmittel angehalten werden kann, oder sie gründet sich auf eine ganz freywillige Convention. Im erstern Falle ist sie eine nothwendige, im andern eine freywillige oder conventionelle Caution [18]). Die Cautionen der erstern Art theilten die Römer wieder in *stipulationes praetorias*, *iudiciales*, und *communes* ein [19]).

Erstere

16) Peinl. Gerichtsordn. Art. 176. *de* BOEHMER in Observat. select. ad *Carpzovium*. Quaest. XXXVII. Obs. 7.

17) Daß das Zurückhaltungsrecht eine Art der Sicherheitsmittel ist, bestätigen *L. 15. §. ult. D. de furt. L. 13. §. 8. D. de action. emti vend. L. 5. D. de dote praeleg. L. 22. D. de heredit. vel act. vend.*

18) *L. 7. §. 1. D. h. t.* Man vergleiche über diese Eintheilung VOORDA cit. Diss. pag. 83.

19) S. *Tit. Institut. de divisione stipulation.* und *Ian. a* COSTA in Comment. ad Institut. h. t.

Erstere wurden diejenigen genennt, die blos der Prätor verfügen konnte, z. B. die Caution wegen der Vermächtnisse, und de damno infecto. *Iudiciales* hießen diejenigen, welche blos der iudex pedaneus beym Proceß auflegte, z. E. cautio de dolo, ferner die Caution wegen Verfolgung eines flüchtigen Sklavens. *Communes*, welche eben sowohl der Prätor als der iudex pedaneus auferlegen konnte; z. B. stipulatio de rato. Die stipulationes praetoriae [20]) waren wieder von dreyerley Art, entweder *iudiciales*, welche der Prätor zu dem Ende verfügte, um die sichere Ausführung des richterlichen Endurtheils zu decken, und zu hindern, daß selbige nicht durch Chikane des Beklagten vereitelt werden könne, oder, wie Ulpian [21]) sagt, *quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat.* Z E. cautio iudicatum solvi, cautio ex operis novi nunciatione sc. de destruendo opere, si appareat, non iure exstructum esse: oder *cautionales*, welche nicht nur an sich die Eigenschaft der Klagen haben, und in Form derselben vor Gericht gefordert werden können (*quae instar actionum habent, et vicem earum repraesentant*) [22]), sondern auch blos zu dem Ende auferlegt werden, um dem Gläubiger einen neuen Schuldner zu verschaffen, an den er sich halten kann (*et, ut nova sit actio, intercedunt*) [23]), z. B. cautio lega-

20) Vid. *Tit. Pandect. de stipulationibus praetoriis* (lib. XLVI. Tit. V.)

21) *L. 1. §. 1. D. stip. praet.*

22) *L. 10. §. 3. D. de compensat. L. 20. D. rat. rem. haberi.*

23) *L. 1. §. 2. D. de stip. Praetor.* Man vergleiche zur Erläuterung dieses Begriffs der *stipulationum cautionalium* vorzüglich *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 2. et 4. I. de div. stipulat. und

legatorum nomine, de rato [24]), damni infecti, et rem pupilli salvam fore; oder *communes*, welche theils zur Sicherstellung des Gerichts, theils zur Versicherung des Klägers, daß durch ungehorsames Aussenbleiben des Beklagten der Lauf des Processes nicht aufgehalten werden solle, erkannt zu werden pflegen; Ulpian [25]) sagt: *communes* sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. Endlich

C. in Ansehung der Dauer sind die Cautionen entweder *perpetuae*, deren Wirkung dreyßig oder mehrere Jahre dauert, und *temporariae*, deren Wirkung auf eine kürzere Zeit eingeschränkt ist. Z. B. die stipulatio de dolo ist perpetua, allein cautio de damno infecto wurde nur immer auf eine gewisse Zeit geleistet, z. E. auf den Fall, wenn das baufällige Haus innerhalb eines Jahres einstürzen würde. War diese Zeit verflossen, und das Haus stand noch, ohne daß es unterdessen repariret worden, so mußte der Nachbar aufs neue um eine Cautionsleistung bitten [26]).

Hier

und VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVI. Tit. V. §. 2.

24) Eigentlich sollte wohl die *cautio de rato* vielmehr ad stipulationes iudiciales gerechnet werden; weil aus dem Mangel der Legitimation eine Nichtigkeit in Absicht auf das ganze processualische Verfahren entstehet, und also diese Caution hauptsächlich mit ad exitum iudicii eiusque securitatem gehört, wie auch schon *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in IV. libros Institut. iur. civ. Lib. III. Tit. 6. pag. 333. bemerkt hat.

25) *L. 1. §. 3. D. de stipulat. praetor.* Vergl. auch LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. V.

26) *L. 13. §. ult. L. 14. L. 15. D. de damno inf.*

Hier handeln wir nun blos von den verschiedenen Cautionen beym Proceß, und zwar nach römischen sowohl als heutigen Rechten.

§. 244.

Von den beym Proceß üblichen Cautionen nach römischem Rechte.

Nach dem **ältern römischen Rechte** machte der **Kläger**, wenn derselbe im eigenen Namen klagte, gar keine Caution. Der **Beklagte** hingegen bestellte erstlich cautionem de iudicio sisti, daß er sich auf Verlangen des Klägers jederzeit vor Gericht stellen wolle; zweytens auch in einem gewissen Falle eine satisdatio iudicatum solvi, nämlich wenn derselbe mit einer Realklage in Anspruch genommen wurde [27]), und diese gieng dahin, daß der Beklagte die streitige Sache herausgeben wolle, so bald er dazu würde condemnirt werden. Eigentlich enthielt aber diese *stipulatio iudicatum solvi*, wie **Ulpian** [28]) bezeugt, dreyerley Klauseln: 1) de iudicato solvendo, 2) de re defendenda usque ad exitum litis, et 3) de dolo malo. Die letztere Klausel gieng vor der Litiscontestation bey jedem Besitzer sowohl auf dolum futurum als culpam futuram; in

27) *Princip. Institut. de Satisdation.* Von dieser Caution ist auch die *L. 5. pr. D. h. t.* zu verstehen, wo **Cajus** sagt: Si pro *condemnato* fideiusserit, et *condemnatus* decesserit, — recte nihilominus cum fideiussore eius agetur. S. VOORDA in Diss. cit. Cap. III. §. 2. bey FELLENBERG Tom. II. pag. 83. seq. und *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. h. t. pag. 284.

28) *L. 6. D. iudicat. solvi.* S. AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 10. nr. 7.

in Ansehung des Vergangenen aber gieng sie bey einem bonae fidei possessor nur dahin, wenn er etwa nach erhobener Klage vor der Caution die Sache mit Vorsatz aus den Händen hätte kommen lassen, daß er deshalb haften wolle, bey einem malae fidei possessor hingegen auf dolum et culpam zugleich [29]). Jedoch wurde diese cautio iudicatum solvi eigentlich nur bey einer actione in rem speciali, dergleichen die Rei Vindicatio ist, bestellet, denn bey der Erbschaftsklage cavirte der Beklagte blos de hereditate non minuenda [30]). Konnte der Beklagte keine hinreichende Satisdation de iudicato solvendo leisten, so mußte die streitige Sache sequestrirt werden [31]). Die Ursache, warum der Beklagte nur bey Realklagen dergleichen Cau-

29) *L. 45. D. Rei Vindic.* S. Westphal in dem System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 973. S. 754.

30) *L. 5. D. de hereditat. petit.* *Ian. a* COSTA in Commentar. in Iustiniani Institut. ad Tit. de satisdat. pag. 576. sq.

31) *L. 7. §. 2. D. h. t.* *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. hält diese Stelle für einen Tribonianismus, allein ohne hinreichenden Grund. S. HUBER Eunom. Rom. ad h. L. Die Worte APUD OFFICIUM *deponi debebit*, heißen so viel als apud aedem sacram seu publicam, quoniam publicae personae ac officiales curam habebant aedium publicarum. *L. 9. §. 8. D. de poenis, L. 1. §. 2. Cod. de commun. servo manum.* S. *Pet.* PERRENONIUS in Animadversion. et var. Lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 15. in fin. (In *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 611.) Andere erklären die Worte durch apud officiales iudicis, als *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. lib. III. cap. 14. Noch andere apud Magistratum ipsum, wie POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. II. not. b.

Caution leisten mußte, nicht aber bey Personalklagen, war einmal, weil Realklagen meist körperliche Sachen zum Gegenstande haben, welche leicht vernichtet, oder abhanden gebracht werden können; dahingegen Personalklagen insgemein Quantitäten oder Handlungen betreffen, die nicht deteriorirt noch zu Grunde gerichtet werden können. Zum andern entstehen persönliche Klagen immer aus einer gewissen Obligation, und werden gegen eine solche Person angestellt, mit der wir contrahirt haben. Haben wir nun derselben einmal ohne Bürgen getrauet, so dürfen wir auch hernach durch geforderte Caution ihren Zustand nicht verschlimmern. Allein Realklagen werden gegen den Besitzer der Sache angestellt, der sich dem Kläger auf keine Weise verbindlich gemacht hat [32]). Der Unterschied zwischen der cautio de iudicio sisti, und der cautio iudicatum solvi bestand übrigens darin, daß die erstere durch den Tod des Beklagten aufhörte, letztere aber fortdauerte, denn Zahlung kann auch nach dem Tode des Beklagten von desselben Bürgen noch geleistet werden, aber, einen Todten vor Gericht zu stellen, ist unmöglich [33]). Ferner der Fideiussor de sistendo haftete nach erfolgtem Urtheile nicht weiter aus seiner Caution, wohl aber derjenige, der für die Erfüllung des Endurtheils gutgesagt hatte [34]).

Nach

32) Vergleiche *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 1. I. de Satisdat. *Ev.* OTTO Commentar. et Not. crit. ad Iustin. Institution. ad eund. §. 1. de Satisdat. *Ulr.* HUBER in Praelect. iuris civ. ad Institut. Lib. IV. Tit. XI. §. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 8.

33) *L. 4. D. h. t. L. 1. Cod. de fideiuss. et mandator.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11.

34) *L. 8. §. 3. in fin. D. de fideiussor.*

Nach dem Justinianeischen Rechte muß man unterscheiden.

I. Wenn die Partheyen selbst vor Gericht streiten, so muß

1) auch der Kläger Caution leisten, daß er a) innerhalb zwey Monaten, von Zeit der übergebenen Klagschrift an gerechnet, litem contestiren [35]), b) den Proceß bis zum Ende desselben fortsetzen, und c) im Falle er ihn verlieren würde, den zehnten Theil der klagbar gemachten Summe, als Kostenersatz, bezahlen wolle [36]).

2) Der Beklagte hingegen braucht nur für seine Person zu caviren, daß er sich stellen, und den Proceß bis zum Ende abwarten wolle, hingegen eine Satisdatio pro litis aestimatione ist er weiter nicht zu bestellen schuldig, wenn er für seine Person (suo nomine) belangt wird, es mag nun solches mit einer Real- oder Personalklage geschehen [37]). Wenn aber

II. ein Stellvertreter im Namen eines Andern einen Proceß führt, so ist er entweder Vormund, oder nur ein Anwald desselben. a) Vormünder, welche für ihre Pflegbefohlne vor Gericht streiten, sind von der gewöhn-

35) Es bezieht sich dieses auf die besondere Beschaffenheit der römischen Litiscontestation, vermöge welcher nur vom Kläger gesagt wurde, *eum litem contestari*, vom Beklagten aber, *quod iudicium acciperet*. Ein Mehreres davon ad §. 499.

36) *Nov. XCVI. cap. 1. Nov. CXII. cap. 2. Avth.* Generaliter. *Cod. de Episcop. et cleric.* et *Avth.* Libellum. *Cod. de lit. cont.*

37) *§. 2. I. de Satisdat.*

lichen Cautionsleistung im Proceß frey [38]). Der Vormund leistet daher keine cautio de rato [39]). Tutor enim, sagt Paulus [40]), quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet. Auch ist er nicht schuldig, pro iudicato aus eigenem Vermögen zu caviren, sondern kann, wenn diese Caution verlangt wird, dem Gegner deshalb, auch ohne Decret der Obrigkeit, das Vermögen des Pupillen verpfänden [41]). b) Tritt ein Anwald auf, und zwar 1) als Kläger, so braucht er nur, wenn er mit keiner hinlänglichen Vollmacht versehen ist, eine cautio de rato zu bestellen [42]); wenn er aber 2) für den Beklagten erscheint, und dessen Sache führt, so muß er auf jeden Fall, selbst wenn er mit einer Vollmacht versehen ist, satisdationem iudicatum solvi leisten; und zwar soll der Principal selbst diese Caution für seinen Sachwalter machen [43]). Es war dies eine Folge des dominii litis, welches der Procurator nach dem römischen Rechte erlangte, vermöge dessen das Urtheil auf seinen Namen gerichtet wurde. Auf solche Art wurde also der Principal seines eigenen Anwalds Bürge. Von diesem rechtlich fingirten Eigenthum des Rechtsstreits wird im Tit. de Procuratoribus ein Mehreres vorkommen.

§. 245.

38) *L. 1. §. 2. D. de administr. et peric. tutor.*

39) *L. 23. D. de administr. et peric. tutor.* Das Gesetz nimmt jedoch den Fall aus: Si dubitetur, *an tutor sit.*

40) *L. 27. D. eod. Ev.* OTTO in Comment. ad §. 3. Instit. de Satisdat.

41) *L. ult. §. 3. C. de administrat. tutor.* VOET h. t. §. 13.

42) *§. 3. I. de Satisdat. L. 1. C. de procurat.*

43) *§. 4. et 5. I. de Satisdat.*

§. 245.

Von der heutigen Caution der streitenden Partheyen, und deren Anwälden.

Nach der heutigen Praxis muß

I. der Kläger im Civilproceß a) Vorstand der Unkosten halber (*cautio de expensis*) leisten, wodurch er den Beklagten, welchem deshalb die exceptio nondum praestitae cautionis de expensis zustehet, wegen Erstattung der Unkosten, im Falle der Kläger in dieselbe verurtheilt werden sollte, sicher stellt. Dieser Vorstand fällt jedoch alsdann weg, wenn Jemand entweder von Amtswegen Klage erhebt, oder, ex lege diffamari (§. 533.) aufgefordert, als Kläger erscheint, mithin nicht ganz freywillig klagt [44]). b) Vorstand der Wiederklage halber [45]), wenn der Beklagte einen scheinbaren Grund der Reconvention anzugeben vermag, und die Wiederklage mit der Vorklage nicht zugleich verhandelt werden kann, sondern bis nach deren Beendigung ausgesetzt bleiben muß, auch der Kläger für seine Person derjenigen Gerichtsobrigkeit nicht unterworfen ist, wo er gegen den Beklagten seine

 Klage

44) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 1. Th. Tit. 262. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 1. Th. 14. Hauptst. §. 381. Nettelbladts Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 139. BROCKES Obs. 564. Einige nehmen auch noch Ehesachen aus. S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 14. THIBAUT System des Pandectenrechts 3. B. §. 1267. Man sehe jedoch BERGER Elect. proc. matrimon. §. 21. et 22.

45) Estor in den angef. Anfangsgründen Tit. 263.

Klage angestellet hat [46]). Damit nun der Beklagte gesichert sey, daß der Kläger sich der Wiederklage wegen vor eben dem Gerichte, wo die Vorklagsache verhandelt worden, einlassen werde, so kann er die gedachte *cautionem pro reconventione* fordern [47]). Diese findet auch im Executivprocesse Statt [48]). c) Vorstand wegen Fortsetzung des Rechtsstreites (*cautio de lite prosequenda*), welchen der Beklagte in einem solchen Falle fordern kann, da derselbe, wegen Ungehorsams des Klägers vor der Litiscontestation, Entbindung von der Instanz erhalten, d. i. schon einmal von dem gerichtlichen Verfahren befreyet worden war, der Kläger aber den Rechtestreit aufs neue anhängig macht. In diesem Falle braucht sich der Beklagte nicht eher mit dem Kläger weiter einzulassen, als bis er die verlangte Caution wirklich bestellet hat [49]). Weiter leistet der Kläger heutiges Tages keine Caution. Es sind daher diejenigen Arten des Vorstandes, welche das neuere römische Recht [50]) dem Kläger auflegt, heut zu Tage nicht mehr üblich [51]). Hierbey ist noch zu bemerken, daß die ange-

46) Nettelbladt a. a. O. §. 144. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1181. THIBAUT im System §. 1267.

47) *Io.* GOEDDAEUS de satisdatione pro expensis et reconventione. *Marb.* 1683.

48) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXIV. medit. 7. WERNHER Obs. for. T. II. P. VII. Obs. 233.

49) Estors angef. Anfangsgründe 1. Th. Tit. 264. Nettelbladt a. a. O. §. 140.

50) *Nov. XCVI. cap. 1. Nov. CXII. cap. 2.*

51) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 140. Not. e. S. 130. Grolmanns Theorie §. 157. Not. a. S. 297.

angeführten Cautionen gleich im ersten Termine und noch vor der Litiscontestation gefordert werden müssen. Sind sie da nicht in Anregung gebracht worden, so können sie nachher nicht weiter, weder in der erstern noch andern Instanz, gefordert werden [52]). Denn die Ausflucht des noch nicht geleisteten Vorstandes gehört zu den verzögerlichen Einreden, welche vor der Einlassung auf die Klage bey Verlust derselben vorgebracht werden müssen [53]). Läßt sich daher der Beklagte auf die Klage ein, ohne die ihm gebührende Sicherheitsleistung von dem Kläger zu fordern, so wird angenommen, daß er darauf Verzicht gethan habe, und dem Kläger traue [54]). Gleichwie jedoch Niemand mit unnöthiger Sicherheitsbestellung zu beschweren ist [55]); so hat nun ein behutsamer Richter insonderheit dahin zu sehen, 1) daß er nie ohne vorhergegangene Untersuchung der Sache auf die verlangte Cautionsleistung erkenne [56]). Wenn daher

52) MEVIUS in Decision. Part. I. Decis. 137. ZANGER de exceptionibus P. II. Cap. 21. nr. 1. Consil. Tubing. Vol. VIII. Cons. XXV. nr. 31. Consil. Erford. apud SCHORCH. Cons. CCXXXIX. nr. 11.

53) *L. 12. et 13. Cod. de except. cap. 4. X. de except.* Reichsabsch. von 1654. §. 38.

54) *L. 52. pr. D. de iudic. L. 13. C. de procurat.* Cramer Wetzlar. Beyträge 3. Th. Nr. XXIII. §. 3. Grolmanns Theorie §. 157. S. 298.

55) *L. 45. pr. D. de procurat. L. 14. §. 1. D. ut legator. vel fideic. caus. cav. L. 3. §. 1. D. ut in possess. legator.* PUFENDORF in process. civ. T. II. Cap. 6. §. 4. MEVIUS P. III. Dec. 55. not. 4.

56) MEVIUS P. III. Decis. 22. et 111. Consil. Erford. apud SCHORCH. Cons. XX.

her 2) der Kläger einen hinreichenden Grund zu klagen hat, so daß gar nicht abzusehen ist, wie derselbe in die Kosten verurtheilt werden könne, vielmehr der von Seiten des Beklagten geforderte Vorstand eine bloße Chikane verräth, so darf der Richter dem Gesuche desselben kein Gehör geben, sondern er ist vielmehr dasselbe abzuschlagen nicht nur berechtiget, sondern auch verbunden [57]. So viel hiernächst

II. den Beklagten anbetrifft, so ist derselbe heutiges Tages nur hauptsächlich dann Caution zu leisten schuldig, wenn entweder zu besorgen ist, daß er sich vor dem Gerichte, vor welchem die Klage wider ihn erhoben worden, nicht allezeit gehörig stellen, oder daß er dasjenige, was durch den richterlichen Ausspruch erkannt werden wird, am Ende nicht leisten, sondern dem Kläger und Richter das leere Nachsehen lassen werde [58]. Nur unter diesen Umständen liegt dem Beklagten ob, und zwar in dem ersten Falle Caution *de iudicio sisti*, daß er sich auf jedesmalige Citation gehörig stellen, und den Rechtsstreit vor dem Gerichte, vor welchem derselbe anhängig gemacht worden, mit dem Kläger ausmachen wolle [59]; im andern Falle aber *Cautionem iudicatum solvi*, daß er dasjenige, was ihm durch

57) MEVIUS P. II. Decis. 26. SCHORCH Consil. Erford. Resp. CVIII. nr. 11. et 12. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 140. S. 126.

58) *Car. Dav.* LOSSIUS de cautione rei in processu civili. *Vitemb.* 1734. Danz Grundsätze §. 479.

59) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. Tit. 265. Hofmanns Reichspraxis §. 396. u. 397. Nettelbladt a. a. O. §. 141.

durch das richterliche Endurtheil zu leisten auferlegt werden wird, gehörig erfüllen wolle [60]), zu bestellen. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken, in welchen auf die gedachte Sicherheitsleistung erkannt werden kann: 1) wenn der Beklagte unter dem Gerichte, vor welchem er belangt worden ist, eigentlich nicht stehet, sondern die Gerichtsbarkeit desselben freywillig prorogirt hat, oder 2) unter diesem Gerichte nicht angesessen ist, oder 3) seinen bisherigen Aufenthaltsort verändern will, oder 4) wegen der Flucht verdächtig ist, oder 5) das Seinige durchzubringen anfängt, u. d. [61]). Daß in diesen Fällen nach Befinden der Umstände auch persönlicher Arrest oder Sequestration verhänget werden könne, ist ausser Zweifel [62]). Eben so wahr ist es aber auch, daß ausser jenen Fällen der Beklagte durch Vertrag sich zur Vorstandsleistung verbindlich machen könne [63]). Uebrigens ist von diesen Cautionen des Beklagten noch zu bemerken, erstens, daß der Vorstand sich vor Gericht zu stellen ein Ende habe, wenn der Beklagte verstorben, oder ein Endurtheil vorhanden ist [64]), dahingegen der Vorstand das Zuerkannte zu leisten so lange fortdauert, bis dem Urtheile ein völliges Genüge geleistet worden ist. Hieraus

 erhel-

60) Estors Anfangsgründe Tit. 266.

61) BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 10. Daß der Kläger die vorgegebene Besorgniß einer Flucht des Beklagten oder einer Dilapidation erweisen müsse, versteht sich von selbst. S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 4. Th. Decis. CII. nr. 3.

62) Estor a. a. O. §. 2160.

63) MEVIUS P. III. Decis. 75.

64) Estor a. a. O. §. 2156. rr.

erhellet, daß die Sicherheitsbestellung der letztern Art weiter sich erstreckt, als die erstere [65]). Zum andern: daß diese Cautionen dem Beklagten zu aller Zeit, nicht nur in der erstern, sondern auch noch in der zweyten Instanz auferlegt werden können [66]). Endlich

III. die Sicherheitsbestellung der Anwälde anlangend, so ist ein Unterschied, ob sie sich mit einer hinlänglichen Vollmacht legitimiren können, oder nicht. Im letztern Falle müssen sie Sicherheit wegen der Genehmigung (*cautio rati*, oder *de rato*) leisten, welche darin besteht, daß der angebliche Anwald dafür zu stehen verspricht, daß sein Principal, in dessen Namen er erscheint, seine Verhandlungen genehmigen werde [67]). Diese Sicherheitsbestellung ist so nothwendig, daß solche nicht nur von der Gegenparthey und deren Sachwalter, sondern auch von dem Richter selbst, von Amtswegen, sowohl vor der Einlassung auf die Klage, als nach derselben, in allen Theilen

65) Nettelbladt in der pract. Rechtsgelahrtheit §. 143. Wer also blos für den Beklagten gutgesagt hat, daß er sich vor Gericht stellen solle, haftet nicht für ihn, wenn er hernach aus Unvermögen dem Urtheile kein Genüge leisten kann. HORN in Responſ. Claſſ. XII. Reſp. 37. pag. 838. Der Vorstand de iudicio ſiſti erstreckt sich auch nicht auf das unrechtmäßige Verfahren des Richters. Wenn daher der Beklagte nicht erscheint, weil die Ladung nicht auf die gehörige Art erlassen worden, so ist der Cavent ausser Verbindlichkeit. Estor a. a. O. §. 2156. ʒʒ.

66) MEVIUS P. I. Deciſ. 177.

67) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſquiſ. de cautione rati a coniunctis praeſtari ſolita. *Tubingae* 1663.

len des gerichtlichen Verfahrens, verlangt werden kann [68]), weil aus ihrer Beyseitsetzung eine Nichtigkeit in Absicht auf das ganze processualische Verfahren entstehen würde [69]). Ob ausser dieser Sicherheit wegen der Genehmhaltung ein Sachwalter auch noch die ihm nach dem römischen Rechte obliegende **Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils** (*cautio iudicatum solvi*) zu bestellen schuldig sey, nämlich wenn er für den Beklagten erscheint, ist streitig. Einige [70]) halten ihn noch jetzt dazu verbunden.

68) WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 374. Estor in den angef. Anfangsgründen 1. Th. §. 2154. und besonders Ludw. Ferd. Dapp in dem Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 478.

69) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar dafür halten, daß der Vorstand wegen der Genehmigung vor der Einlassung auf die Klage nothwendig gefordert werden müsse, nachher aber nicht weiter verlangt werden könne, z. E. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VIII. nr. 20—22. ZOESIUS in Commentar. ad Digesta Lib. III. Tit. III. nr. 16. Es ist auch nicht zu läugnen, daß diese Meinung dem Röm. Rechte gemäß ist. *L. 40. §. 3. D. de procurat.* Allein da diese Verordnung sich auf die besondern Wirkungen des dominii litis beziehet, so sind die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß der Vorstand wegen der Genehmigung nicht nur in jedem Theile des Processes, sondern sogar von richterlichen Amtswegen gefordert werden könne. RIVINUS in Specim. exception. forens. Cap. VII. nr. 1. Hofmann teutsche Reichspraxis 1. Th. 14. Hauptst. §. 394. *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de dominio litis Cap. II. §. 22. und Cap. III. §. 16. *Rud. Christ.* HENNE in Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus. (*Erford.* 1768) §. 21.

70) Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. Tit. 266. §. 2160. b.

den. Allein da sich diese Caution auf die Vorstellung von dem Eigenthume des Rechtsstreits gründet, so kann davon h. z. T. kein Gebrauch gemacht werden [71]). Daher sprechen die meisten heutigen Rechtsgelehrten [72]) Anwälde, welche mit einer hinreichenden Vollmacht versehen sind, von andern Cautionen frey.

So wie nun übrigens der Richter in allen Fällen die Frage entscheidet, ob Sicherheit zu bestellen sey, so bestimmt er auch insgemein die Summe des Vorstandes, wobey ihm das Interesse der Parthey, wenn ihr Gegner seine Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte, lediglich zur Norm dient [73]). Wegen der Unkosten wird daher die Sicherheit ohngefehr auf so hoch, als sich die Kosten nach der Beschaffenheit des Processes belaufen können [74]), wegen der Wiederklage aber nach richterlichem Ermessen, ohngefähr so hoch bestellet, daß der Wiederbeklagte sich zu stellen dadurch bewogen werde, oder des Wiederklägers Scha-

71) S. *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 38. §. 46. und Grolmanns Theorie §. 157. S. 298. Not. b.

72) Martin Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 299. a. E. THIBAUT System des P. R. 3. Band §. 1267. a. E.

73) LAUTERBACH in Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 24. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 464.

74) Daß jedoch bey dieser Caution auch zugleich auf den Nachtheil, welchen der Beklagte durch die Klage ausser den Kosten erleidet, Rücksicht zu nehmen sey, läßt sich, sofern dergleichen Schaden näher nachgewiesen werden kann, nicht bezweifeln. S. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät. 4. Th. Nr. VI. S. 129.

Schaden sich belaufen möchte, wenn er den Wiederbeklagten in seinem eigenen Forum belangen müßte [75]). Denn darin sind die heutigen Rechtsgelehrten alle einverstanden, daß die Sicherheitsbestellung wegen der Wiederklage nur als eine cautio de iudicio sisti, und nicht de iudicato solvendo anzusehen sey [76]), und daher solche nicht nach dem Quantum der Gegenforderung, welche der Beklagte in der Reconvention auszuführen gesonnen ist, bestimmt werden dürfe, sondern es vielmehr lediglich darauf ankomme, daß Beklagter wegen der anzustellenden Wiederklage eine hinreichende Sicherheit erhalte, daß der Kläger vor eben dem Gerichte, wo er die Vorklage angestellet hat, in der Reconvention sich stellen, und daselbst Recht nehmen werde [77]). Wegen Fortsetzung des Rechtsstreites läßt sich der Vorstand auf eine gewisse Summe nicht fixiren, sondern sie muß unbestimmt auf Ersetzung des Schadens gerichtet werden, welcher daraus erwachsen sollte, wenn der

75) *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de cautionibus indefinitis. (*Ienae* 1698.) Cap. III. §. 23. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 140. S. 126.

76) MENCKE in System. iur. civ. sec. Pandect. Lib. II. Tit. VIII. §. 4. *de* BERGER in Elect. disceptat. for. Tit. XII. sq. *L. B. a* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 1. nr. 85. et 86. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXXIII. nr. 8. pag. 498. THIBAUT System. 3. B. §. 1265.

77) RIVINUS in Enunciat. iuris Tit. XIII. §. 20. *a* WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 102. und besonders *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. (*Lipsiae* 1782. 8.) Spec. VII. Obs. 4. pag. 88. sqq.

der Cavirende den Proceß liegen läßt [78]). Auch bey dem Vorstande, sich vor Gericht zu stellen, ist es, wenigstens im bürgerlichen Processe, nicht nöthig, daß eine gewisse Summe festgesetzet werde [79]), weil der Cavent auf den Fall, da der Beklagte nicht vor diesem Gerichte, vor welchem er belangt worden, erscheinen, und den Proceß fortsetzen sollte, dem Kläger ohnehin alles Interesse, und zwar nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den dadurch entgangenen Gewinn ersetzen muß [80]). Dahingegen, wenn in diesem Falle eine gewisse Cautionssumme festgesetzt worden, sich's von selbst verstehet, daß der Cavent selbige bezahlen müsse [81]). Wegen der Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils ist die Sicherheit nach dem Gegenstande

78) Estors Anfangsgründe des gemeinen und R. Processes. 1. Th. Tit. 264. §. 2156. gg. Hofmanns T. Reichspraxis §. 386. THIBAUT §. 1265.

79) MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 37. SCHROETER cit. Diss. de cautionibus indefinit. Cap. II. §. 21. et Cap. III. §. 30.

80) Estors Anfangsgründe Tit. 265. §. 2156. xx. Wenn es in der *L. 2. §. 5. D. h. t.* heißt: *ut in veram quantitatem fideiussor teneatur*, so ist das eben so viel als in id, quod re vera interest actoris, wie es *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. richtig erklärt. Der Cavent soll also dem Kläger seine ganze Forderung, insofern er durch das Nichterscheinen oder Entweichen des Beklagten darum gekommen wäre, nebst allem dadurch erlittenen weitern Verlust ersetzen. Kann der Kläger kein Interesse beweisen, seine Klage war ohnedem eine bloße Chikane, so fällt der Anspruch an den Bürgen von selbst weg.

81) *L. 2. §. 5. D. h. t.* verb. nisi pro certa quantitate accessit add. *L. 3. D. eodem. L. ult. D. de praetor. stipulat.* BOEHMER Consil. MCXCIII. nr. 5. 6. 7. Estor a. a. O. §. 2156. yy.

stande des Rechtsstreits zu bestimmen. Hat Jemand für das Urtheil unbestimmt cavirt, so haftet der Cavent für das, was das Urtheil dem obsiegenden Kläger zuerkennt [82]). Endlich wegen der Genehmigung muß der Sachwalter auf so hoch Sicherheit bestellen, als der Schaden beträgt, welcher aus der nicht erfolgenden Genehmigung seines Principals für die Gegenparthey erwachsen sollte [83]).

§. 246.

Auf welche Art ist die Sicherheit im Proceß zu leisten?

Da Verbalcautionen insgemein keine hinlängliche Sicherheit geben, so wird im Processe ordentlicher Weise ein dinglicher Vorstand erfordert [84]). Ob nun gleich nach der Verordnung der römischen Gesetze eine solche Sicherheit jederzeit mit tüchtigen Bürgen bestellt werden sollte [85]), so läßt

82) *L. 9. D. iudicat. solvi.* iunct. *L. 2. §. 2. D. de stipulat. praetor.* Der Bürge haftet also nicht nur für den Gegenstand des Rechtsstreites, sondern auch für die Kosten des Prozesses und alles übrige Interesse, worin der Beklagte verurtheilt worden ist. VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 14. et 15.

83) *L. 19. D. Rat. rem haberi.*

84) Estors Anfangsgründe Tit. 253. §. 2131. Der Beweis, welchen unser Verfasser aus *L. 25. D. de Reg. Iur.* plus cautionis in re est, quam in persona, nimmt, gehört hierher nicht. Denn diese Regel beziehet sich blos auf die Vortheile des Besitzes, und will so viel sagen: *melius est possidere potius, quam in personam experiri*, wie es in der *L. 1. §. 1. D. de Superficiebus* ausgedrückt wird. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandect. de divers. regulis iuris antiqui (*Genevae* 1653. 4.) ad h. L. pag. 151.

85) *L. 1. D. h. t. L. 3. L. 7. D. de stipulat. praetor.*

läßt doch der Gerichtsbrauch auch eine Sicherheitsbestellung mit Pfändern zu, dergestalt, daß es von dem Willen desjenigen, dem die Sicherheitsleistung obliegt, abhängt, ob er seinen Gegner durch Bürgen oder durch Pfandgebung sicher stellen will[86]). Es wird jedoch dabey vorausgesetzt, daß der Gegenstand, weshalb die Caution zu leisten ist, entweder an und für sich selbst einen bestimmten Werth habe, oder daß der Richter ein gewisses Cautionsquantum nach seinem Ermessen festgesetzt habe; denn ausserdem muß die Sicherheit auch noch heutiges Tages durch Bürgen bestellet werden[87]). Zur Satisdation werden übrigens in der Regel **tüchtige Bürgen** erfordert. Diese Tüchtigkeit der Bürgen ist theils aus ihren persönlichen Eigenschaften, theils aus ihren Vermögensumständen zu beurtheilen[88]). In jener Rücksicht müssen Bürgen, wenn sie tüchtig seyn sollen, 1) sich überhaupt gültig verbürgen können, daher sind Soldaten, die noch in Diensten stehen, ferner Minderjährige und Frauenspersonen, in sofern nicht etwa letztere auf die ihnen zustehenden Rechtswohlthaten Verzicht gethan hätten, keine tüchtigen Bürgen[89]). 2) Sie müssen auf den Fall, daß sie ihrer Verbindlichkeit nicht aus freyem Willen ein Genüge thun, leicht belanget werden können[90]). Diejenigen also, welche an dem Orte des Gerichts, vor welchem die

86) LAUTERBACH in Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 12. *a* WERNHER in select. Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 354.

87) MEVIUS Tom. I. P. II. Decis. 256. Estors Anfangsgründe Tit. 253. §. 2131.

88) *L. 2. pr. D. h. t.*

89) *L. 8. §. 1. et 2. D. eodem.*

90) *L. 2. pr. D. h. t.*

die streitige Rechtssache anhängig ist, sich nicht gewöhnlich aufhalten, sondern einer fremden Gerichtsbarkeit unterworfen sind, oder die einen befreyeten Gerichtsstand haben [91]), sind keine tüchtigen Bürgen, es wäre denn, daß ein solcher Bürge auf seinen befreyeten Gerichtsstand Verzicht gethan hätte [92]). Zur leichteren Belangbarkeit der Bürgen gehört auch noch, daß sie den Rechtswohlthaten der Theilung, und der Excussion oder Ordnung entsagen [93]). Jedoch behaupten bewährte Rechtsgelehrten, daß bey dem Vorstande, sich vor Gericht zu stellen, oder das rechtskräftig Zuerkannte zu bezahlen, die Rechtswohlthat der Excussion von den Bürgen ohnehin nicht vorgeschützt werden könne [94]). So viel den zweyten Grund, woraus die Tüchtigkeit der Bürgen zu beurtheilen, anbetrifft, so müssen dieselben zahlungsfähig seyn. Sie müssen also 1) an dem Orte, wo sie sich verbürgen, unbewegliche, oder diesen gleichgeachtete Güter besitzen, und diese müssen 2) hinlänglich so viel werth seyn, als der Gegenstand, für welchen sie Bürgschaft leisten, beträgt [95]). Wenn den zur Zeit der geleisteten Bürgschaft tüchtig gewesenen Bürgen in der Folge ein

91) *L. 1. D. Si quis in ius vocatus non ierit. L. 7. pr. D. qui satisdare cog.*

92) Cit. *L. 7. pr. D. h. t.*

93) Estors Anfangsgr. des gemeinen u. R. Processes Tit. 253. §. 2137. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465.

94) *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIX. §. 2. Not. 9. Estor a. a. O. §. 2138. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

95) *L. 234. §. 1. D. de verbor. signific.*

ein Unglücksfall begegnet, und sie dadurch unvermögend werden, so muß, nach vorhergegangener Untersuchnng, eine andere Bürgschaft bestellet werden [96]). Ueber die Tüchtigkeit der Bürgen muß jedoch der Gegentheil mit seinen Einwendungen gehört werden [97]), wenn nun gleich die römischen Gesetze vorschreiben, daß zur Entscheidung des darüber entstandenen Streits ein Schiedsrichter erwählt werden solle [98]); so wird doch dieses heutiges Tages nicht mehr beobachtet, sondern die Sache, so wie andere Nebenpuncte, von demjenigen Richter, vor welchem die Hauptsache anhängig ist, untersucht, und durch ein Beyurtheil entschieden, von welchem sodann das Rechtsmittel der Berufung auf einen höhern Richter Statt hat [99]). Zuweilen werden jedoch

96) *L. 10. in fin. D. h. t.*

97) MEVIUS in Decision. Tom. II. P. VI. Decis. 124. Nimmt der Richter, ohne die Gegenparthey gehört zu haben, einen Bürgen für tüchtig an, so muß er für den Schaden haften. Estor a. a. O. §. 2139.

98) *L. 9. et 10. D. h. t.* Man vergleiche über die *L. 10. D. h. t.* vorzüglich *Io. Bernh.* KOEHLERI Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 5. und SMALLENBURG ad *Schultingii* notas h. t. pag. 287. sq. Der *arbiter*, dessen in den angeführten Stellen gedacht wird, wurde vermuthlich von derjenigen Obrigkeit bestellet, vor welcher die Hauptsache anhängig war. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3. Es war also ein arbiter iuris, kein compromissarius (§. 475.), wie auch LAUTERBACH in Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 10. bemerkt hat.

99) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 73. et 79. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 124. Not. 2. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 491.

jedoch auch untüchtige Bürgen zugelassen. Dieses geschieht 1) wenn die Parthey, welche die Sicherheitsbestellung fordert, solche wissentlich und freywillig annimmt [100]). 2) Haben die Gesetze [1]) noch insonderheit in Ansehung der cautio de sistendo verordnet, daß, wenn die Sache solche Personen angehet, welche mit der Gegenparthey in einer besondern genauen Verbindung stehen, wie z. B. desselben Eltern, oder Kinder, oder Frau, oder Schwiegertochter, u. d. die Gegenparthey, zu deren Sicherheit diese Bürgen bestellt werden müssen, sich mit einem jeden, auch sonst in Ansehung seiner Vermögensumstände untüchtigen Bürgen, begnügen solle. Ob nicht diese Verordnung der römischen Gesetze auch bey andern gerichtlichen Sicherheitsbestellungen, welche durch Bürgen geleistet werden müssen, ihre Anwendung finde, ist eine Frage, welche von mehreren Rechts-

100) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 3. in fin. D. de fideiussor.*

1) *L. 1. et 2. D. in ius vocati ut eant. L. 2. §. 2. et 3. D. h. t.* Merkwürdig ist die nähere Erklärung darüber, wer unter einem *qualiscunque fideiussor* zu verstehen sey? die in dem §. 4. der *L. 2. D. h. t.* hinzugefügt wird, wo es heißt: Quod ait Praetor, QUALISCUNQUE FIDEIUSSOR ACCIPIATUR: hoc quantum ad facultates, id est, etiam non locuples. Es soll also bey solchen Bürgen, wodurch personae necessariae, von denen hier die Rede ist, einander im Proceß Caution bestellen, nur nicht auf die Vermögensumstände gesehen werden, diese mögen so schlecht beschaffen seyn, wie sie wollen; allein sie müssen doch wenigstens in Hinsicht der oben angeführten persönlichen Eigenschaften tüchtige und insonderheit leicht zu belangende Bürgen seyn. S. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. §. 4. L. 2. cit. h. t. und LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 11.

gelehrten [2]) bejahet wird, weil der Grund des Gesetzes ganz allgemein ist, und darin besteht, daß man es bey dergleichen Personen wegen der ihnen schuldigen Hochachtung, oder wenigstens wegen der genauen Verbindung, in welcher man mit ihnen stehet, nicht so genau nehmen solle, als bey andern Personen. Es ist indessen die cautio de iudicato solvendo hiervon billig auszunehmen, non enim tantum debet reverentiae tribui, sagt Voet [3]) ganz richtig, ut praeiudicium fieret iudiciorum firmitati.

Daß in den Fällen, wo die römischen Gesetze eine Satisdation vorschreiben, heutiges Tages auch eben so gut ein Vorstand durch Pfandgebung bestellet werden könne, in sofern nämlich die Sache entweder an und für sich selbst einen bestimmten Werth hat, oder der Richter ein gewisses Cautionsquantum festgesetzt hat, ist bereits erinnert worden [4]). Bey diesem Vorstande durch Pfänder kommt es nun hauptsächlich auf folgende Puncte an: 1) daß sie der Parthey, welche die Caution zu bestellen hat, eigenthümlich zustehen, und 2) dem Gegentheile hinreichende Sicherheit verschaffen [5]).

Es giebt nun auch Fälle, wo eine Verbalcaution angenommen werden muß. Diese kann von zweyerley Art seyn. Sie wird entweder durch ein bloßes Versprechen,

2) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 76. Dapp im angef. Versuch §. 494.

3) Commentar. ad Dig. h. t. §. 13.

4) Man vergleiche hier vorzüglich MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 346.

5) Estors Anfangsgründe Tit. 254. §. 2149.

chen, oder durch den Eid geleistet. Zu jener Art der Sicherheitsbestellung wird der Fiskus zugelassen, auch städtische Gemeinheiten leisten durch ein bloßes Versprechen Sicherheit [6]). Denn die Landesfürstliche, so wie die Stadtgemeinde, Casse wird immer auf jeden Ausfall des Processes für zahlungsfähig gehalten. Eine solche moralische Person verdient auch immer eher Credit, als eine Privatperson [7]). Nach römischen Rechten sollen auch die Geistlichen nur durch bloße Zusage caviren [8]), welches jedoch heutiges Tages nicht mehr beobachtet wird [9]). Gemeiniglich werden auch noch diejenigen hierher gerechnet, welche mit unbeweglichen Gütern in dem Lande, wo der Proceß geführet wird, angesessen sind [10]). Allein, daß wenigstens in dem Falle, da die unbeweglichen Güter unter dem Gerichtszwange desjenigen Richters, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist, gelegen sind, keine weitere Caution nach heutigen Rechten erforderlich sey, wird von den meisten

 Rechts-

6) Arg. *L. 1. §. 18. et L. 6. §. 1. D. ut legator.*

7) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 5. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 21.

8) *L. 33. §. 3. Cod. de Episcop. et cleric.*

9) SCHULTZ in Notis ad Institut. Tit. de Satisdat. lit. a. *Io. Tob.* RICHTER in Selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Diss. IV. §. 8. in fin. Schon Justinian hat jenes Privilegium der Geistlichkeit in *Nov. CXXIII. Cap. 21. §. 2.* wieder eingeschränkt.

10) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 20. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 5. ZOESIUS in Commentar. ad Dig. h. t. nr. 5. Estors Anfangsgründe Tit. 256. §. 2153. f. THIBAUT System. 3. B. §. 1268. a. E.

Rechtsgelehrten [11]) behauptet, und von unserm Verfasser (§. 40.) selbst gelehrt. Hiervon §. 248. ein Mehreres. Ausserdem giebt es noch gewisse Cautionen, die durch ein bloßes Versprechen geleistet werden, als die cautio de non amplius turbando bey der confessorischen und Negatorienklage. Auch in einem gewissen Falle die cautio damni infecti, wovon zu seiner Zeit gehandelt werden wird.

§. 247.

Wenn ist die eidliche Caution für zuläßig zu halten?

Der Vorstand durch den Eid findet heutiges Tages nur in dem Falle Statt, wenn derjenige, welcher zur Leistung einer Sicherheit verbunden ist, entweder gar keine, oder doch nicht hinreichende Caution durch Bürgen oder Pfänder aufbringen kann [12]). Der Cavent muß in diesem Falle dahin schwören, daß er, aller angewandten Mühe ohngeachtet, die zuerkannte Caution durch Bürgen oder Pfand nicht bestellen könne, die ihm obliegende Verbindlichkeiten aber getreulich erfüllen wolle [13]). Da in denjenigen Stellen der Gesetze, in welchen die eidliche Sicherheitsleistung

11) SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 9.

12) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de cautione iuratoria, in EIUSDEM Dissertat. academicar. Vol. I. (*Tubingae* 1737. 4. maj.) Nr. VI. pag. 167. sqq. Die juratorische Caution kann daher mit einer Realcaution concurriren. S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4407.

13) *Nov. CXII. Cap. 2. princ. Avth.* Generaliter. *Cod. de episcop. et cleric.* de BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. IV. §. 9. Not. 5. Estors Anfangsgründe Tit. 255. §. 2153. c. u. d.

leistung im bürgerlichen Processe unter den bemerkten Umständen zugelassen wird, nur von solchen Personen die Rede ist, welche in eigenem Namen vor Gericht streiten [14]), so folgt hieraus, daß Sachwalter eigentlich von dieser Art der Cautionsleistung auszuschließen sind, als welche vielmehr diejenige Sicherheit, welche sie zu bestellen haben, nothwendig durch Bürgen oder Pfänder leisten müssen [15]). Jedoch ist dieses nur von solchen Sachwaltern zu verstehen, welche blos zum Nutzen eines Dritten handeln. Denn die zu ihrem eigenen Vortheil handeln (Procuratores in rem suam), werden, da sie in Rücksicht auf die Wirkung wahre Eigenthümer des Gegenstandes des Rechtsstreits sind [16]), wenn selbige weder mit Bürgen, noch mit Pfändern ihren Gegner sicherstellen können, eben sowohl, als diejenige Partheyen, welche in eigenem Namen handeln, zur eidlichen Sicherheitsbestellung zugelassen, wenn nämlich sonst keine Ursache vorhanden ist, welche sie dieser rechtlichen Wohlthat unfähig macht [17]). Ob auch im peinlichen Processe eine eidliche Caution zuläßig sey? ist eine Frage, welche unser Verfasser Not. a. berührt, aber nicht hierher gehört [18]).

14) *§. 2. I. de Satisdat. Nov. CXII. cap. 2. princ.*

15) HARPPRECHT cit. Differt. §. 31.

16) *L. 25. D. de procurat. L. 4. et 9. Cod. eodem. L. 13. §. 1. D. de pactis.* LAUTERBACH in Diss. de procuratore in rem suam §. 37.

17) HARPPRECHT cit. Diss. §. 31. nr. 288. sqq. Dapp im Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 496.

18) Man vergleiche *Io. Matth.* MARTINI Diss. de cautione criminali. *Buetzovii* 1777. von Quistorp Grundს. des teutschen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 646. Grolmanns Grundsätze der

Ich bemerke übrigens von dieser eidlichen Sicherheitsbestellung noch im Allgemeinen, 1) daß der Eid körperlich abgeschworen werden, und 2) derjenige, welcher hierdurch Vorstand leisten will, eine Person seyn müsse, welche in gutem Rufe stehet, und keinen Verdacht des Meineides wider sich hat [19]). Bey den Römern hatten die vornehmern Staatsbedienten und Senatoren vom ersten Range, die man *Illustres* nannte, das Privilegium, daß sie blos durch Eid Caution leisteten [20]). *Viri illustres* waren zu den Zeiten der orientalischen Kaiser die Praefecti praetorio, Praefecti urbi, Magistri militum, Quaestores sacri palatii, Magistri officiorum, Praepositi sacri cubiculi, Comites sacrarum largitionum, und Comites rerum privatarum [21]). Erhaben über alle diese aber

(*Supra*

der Criminalrechtswissenschaft §. 484. und Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 530. u. 533.

19) HARPPRECHT cit. Diss. §. 7. sqq.

20) *L. 17. Cod. de dignitatib.*

21) *Cod. Theodos.* lib. VI. Tit. 6—9. *L. 32. pr. Cod. Iustin. de appellat. L. 2. C. de tempor. appellat. L. 6. Cod. ubi causae fiscal. L. un. Cod. ne rei milit. comit. L. 11. C. de adsessorib. L. 1. Cod. de advocat. diversi. iudic. L. ult. C. de suscept.* Von diesen illüstern Chargen vergleiche man G. PANCIROLI Commentar. in notitiam dignitatum utriusque imperii orient. scil. et occid. (*Genevae* 1623. f.) Cap. II. p. 14. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theod. Tom. II. pag. 72. sqq. *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae. (*Paris.* 1628. 4.) Lib. I. cap. 4. et 10. *Mich. Conr.* CURTIUS in Commentar. de Senatu Rom. post tempora reip. liberae. (*Halae* 1768. 8.) Lib. IV. cap. 7. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Dissertat. VIII. §. 11. (Oper. iurid. *Hanov.* et *Bremae* 1758. a *Io. Henr.* IUNGIO editor. Tom. III.)

(*Supra illustres*) waren die Patricii und Consules, die beyden höchsten Würden im römischen Staate[22]). Ein gleiches Privilegium hatten die Memoriales[23]), und Principes agentium in rebus[24]). Daß von dem allen heutiges Tages kein Gebrauch zu machen sey, siehet ein jeder von selbst.

§. 248.

Wer ist von der Sicherheitsstellung im bürgerlichen Processe befreyet?

Von aller bisher gedachter Cautionsleistung im Civilprocesse sind nach dem heutigen Gerichtsgebrauche 1) diejenigen befreyet, die in öffentlichen ansehnlichen Bedienungen stehen, und fixe Besoldung haben[25]). 2) Diejenigen,

 welche

22) *L. un. Cod. Th. de Consul. L. 3. Cod. Iust. eod. L. 16. Cod. de testib. §. 4. I. Quib. mod. patria potest. solvit.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theod. Tom. II. Lib. VI. Tit. 6. *Iac.* GUTHERIUS cit. libro cap. 11. CURTIUS cit. loc. lib. IV. cap. 2. §. 74. et cap. 6. §. 93.

23) *L. 12. pr. Cod. Iust. de proximis sacror. scrinior.* MEMORIALES erant, qui in scrinio memoriae militabant. S. *Iac.* GUTHERIUS de offic. D. A. Lib. III. cap. 7. pag. 469. und *Car. Ehreg.* MANGELSDORF Diss. de magistro memoriae, praes. KLOTZIO. *Halae* 1770. def.

24) *L. 8. Cod. de princip. agentium in rebus.* Von diesen ist nachzusehen *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. T. II. Lib. VI. Tit. 28.

25) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. *a* LEYSER Specim. XXXIV. medit. 5. *Car. God.* ZIZMANN Diss. de nonnullis, qui a cautione pro expensis immunes sunt. *Lipsiae* 1764. §. 8.

welche unter dem Richter, vor welchem der Proceß geführt wird, unbewegliche, oder diesen gleichgeachtete Güter auf irgend eine Art als Eigenthümer besitzen [26]). Nach römischen Rechten befreyet zwar der Besitz unbeweglicher Güter nur von der sonst erforderlichen Satisdation [27]). Denn daß dergleichen Besitzer deswegen nicht von aller Sicherheitsleistung frey waren, ist an sich eine unbestrittene Wahrheit, so sehr auch übrigens die Rechtsgelehrten darüber streiten, zu welcher Art der Sicherheitsbestellung dieselben verbunden gewesen sind [28]). Allein daß heutiges Tages

26) S. *Ge. Henr.* AYRER Diss. de cautione a bonorum immobilium possessore non exigenda. *Goettingae* 1751.

27) *L. 15. pr. D. h. t.* Sciendum est, possessores immobilium rerum satisdare non compelli. Man vergleiche über diese Stelle *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Resolutio L. Sciendum est. XV. D. qui satisdare cogantur. *Tubingae* 1654.

28) Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß die Besitzer unbeweglicher Güter eine juratorische Caution hätten leisten müssen, und beziehen sich auf die *L. 26. §. 6. Cod. de episcop. aud. L. ult. §. 1. C. de Sportul.. L. ult. Cod. de princip. agent. in rebus.* Dieser Meinung sind *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. circ. fin. in *Operib. Lugd. Batav.* 1735. edit. Tom. II. pag. 59. *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. MALBLANC in Dig. h. t. §. 227. Andere hingegen glauben, solche Besitzer hätten mit ihren Gütern Caution machen müssen durch ausdrückliche Verpfändung derselben. Ausser der *L. 7. in fin. D. ut legator.* und *L. 28. §. 3. Cod. de administr. tut.* in welcher letztern Stelle den Vormündern erlaubt wird, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare, d. i. oppignorare, erhelle dieses vorzüglich aus der *L. 15. §. 7. D. h. t.* wo gesagt wird, wenn der Besitzer post cau-

Tages schon der bloße Besitz unbeweglicher Güter, ohne eine

cautionem seine Güter verkauft hätte, so schade ihm dieses nichts, er brauche deswegen doch keine neue Caution zu machen. Hiervon lasse sich kein anderer Grund angeben, als weil der Gegentheil ein hypothekarisches Recht auf den Gütern erhalten, welches freylich nach der Regel: res transit cum sua causa (*L. 76. D. de contrah. emt.*) durch Veräusserung derselben nicht verlohren gieng. Auf solche Art sey auch kein Widerspruch zwischen dieser *L. 15. §. ult.* und der *L. 10. §. 1. in fin. D. h. t.* Denn räthselhaft wäre es sonst, warum eine Parthey, die durch Bürgen Caution gemacht hat, zu neuer Sicherheitsbestellung verbunden seyn solle, wenn den Bürgen in der Folge ein Unglücksfall begegnet, wodurch sie um ihr Vermögen gekommen sind, hingegen der Besitzer unbeweglicher Güter dazu gar nicht weiter gehalten seyn solle, wenn er gleich in der Folge diese Güter veräußert hätte. So urtheilen *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad L. 15. princ. et §. 7. D. h. t. Tom. I. pag. 127. et 130. und *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diss. de eo, qui post litem contestatam bona immobilia possidere desiit. *Halae* 1716. rec. 1737. Endlich giebt es angesehene Rechtsgelehrte, welche der Meinung sind, daß die Besitzer liegender Güter durch bloßes Versprechen Caution geleistet hätten. Z. B. HARPPRECHT cit. Diss. de caut. iurator. §. 29. et 30. LAUTERBACH cit. Diss. ad L. 15. D. h. t. Cap. IV. §. 9. et 10. VINNIUS in Commentar. in Institut. ad §. 2. Tit. de Satisdat. WESTENBERG in princip. iuris sec. ordin. Digestor. h. t. §. 17. Ihre Gründe sind 1) weil in der angef. L. 15. weder der juratorischen Caution noch der Verpfändung gedacht werde, der Ausdruck CAUTIO aber, welcher *§. 7. cit. L.* vorkommt, schlechtweg in Gemäßheit der *L. 3. Cod. de Verbor. Signific.* nur eine Sicherheit durch bloßes Versprechen anzeige; 2) weil auch der Ehemann, als Besitzer der unbeweglichen Dotalgüter seiner Ehefrau, von der Satisdation frey ist, *§. 3. dictae L. 15. D. h. t.* da doch die Güter der Ehefrau auch nicht einmal mit ihrer Ein-

eine besondere Verpfändung derselben, von allen oben auf- gezähl-

Einwilligung von dem Ehemanne verpfändet werden dürfen; *L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.* Endlich 3) weil sonst kein Fall in den Gesetzen dieses Titels vorkommen würde, da die Sicherheit durch ein bloßes Versprechen, deren doch in der Rubrik desselben ausdrücklich Erwähnung geschiehet, bestellet wird, wenn man den Besitz unbeweglicher Güter nicht hierher rechnen wollte. Von diesen verschiedenen Meinungen ist zwar keine ausser allem Zweifel, doch sind die Gründe für die letztere gewiß die schwächsten. Denn erstlich gehört nur wenig Auslegungskunde dazu, um einzusehen, daß sich aus einer Verordnung Justinians (L. 3. C. de Verb. Sign.) nicht beweisen lasse, daß das Wort cautio in einem Fragmente des röm. Juristen MACER (*§. 7. L. 15. D. h. t.*) für ein bloßes Versprechen genommen werden müsse. Das Wort cautio hat in den Gesetzen der Pandecten eine ganz generelle Bedeutung; soll es ein bloßes Versprechen anzeigen, so bestimmen die Gesetze dieses deutlicher, und sagen entweder nuda cautio, wie z. B. in der *L. 2. §. 6. D. de iudic.* oder sie fügen die Bestimmung nuda promissio bey, wie *L. 63. §. 4. D. pro socio.* So viel das andere Argument betrifft, so hat man nicht bedacht, daß die *Lex Iulia de fundo dotali*, (denn von dieser kann doch wirklich nur die Rede seyn, weil der röm. Jurist MACER von der neuern Verordnung des K. Justinians nichts wissen konnte) dem Ehemann nur die freywillige Veräußerung eines fundi dotalis Italici untersagt habe, in Fällen einer nothwendigen Veräußerung hingegen ausser aller Anwendung gewesen sey. *L. 1. pr. D. de fundo dotali.* S. *Christ. Gottl.* BIENERI Diss. de fundo dotali. *Lipsiae* 1786. Cap. I. §. 5. pag. 18. Eine nothwendige Veräußerung heißt nun eine solche, welche aus gesetzlicher Nothwendigkeit geschiehet, oder, wie sich *Barn.* BRISSONIUS ad Legem Iuliam de adulteriis libr. sing. (*Heidelbergae* 1664. 8.) pag. 156. ausdrückt, *quae causam iuris habet necessariam.* Eine solche neces-

gezählten Sicherheitsleistungen befreye, ist ausser Zweifel [29]). Ob es nun gleich bey dem Besitze unbeweglicher Güter nicht immer auf den Werth derselben [30]), auch nicht darauf ankommt, ob die Grundstücke verschuldet sind [31]), in sofern nämlich nur von einer Sicherheitsbestellung der Wiederklage und Unkosten halber die Rede ist [32]); so wird doch jederzeit erfordert, daß dem Besitzer wenigstens eine Art von Eigenthum an diesen Gütern zustehe, es sey nun ein allei-

necessaria alienatio ist ja aber die Verpfändung der Güter, um die im Processe erforderliche Caution damit zu bestellen; welche daher auch die *L. 28. §. 3. C. de administr. tut.* dem Vormund erlaubt. Endlich auf den dritten Grund läßt sich antworten, daß auch kein Fall einer juratorischen Cautionsleistung in den Gesetzen dieses Titels vorkommt, deren doch auch in der Rubrik desselben gedacht wird. Es ist überhaupt bey der schlechten Ordnung der Justinianeischen Pandecten gar nichts ungewöhnliches, daß der Inhalt eines Titels der Ueberschrift desselben nicht entspricht, wie auch *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Diss. IV. §. 8. bey dieser Gelegenheit bemerkt hat.

29) S. *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. *a* WERNHER Observat. for. Tom. II. P. 6. Obs. 354. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 6. Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 157. S. 299. THIBAUT System 3. B. §. 1268. S. 176.

30) *Car. God. de* WINCKLER Adversaria iuris iudiciarii inprimis quoad concurs. creditor. *Lipsiae* 1785. Obs. 3.

31) LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 18.

32) *L. B. a* WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 117.

alleiniges oder nur ein gemeinschaftliches, ein vollkommenes oder nur ein unvollkommenes, dergleichen zum Beyspiel der Emphyteuta hat, ferner ein natürliches, welches ohne Ausübung ist, wie das Eigenthum der Frau während der Ehe, oder ein bürgerliches, wie dasjenige, was der Besitz der Dotalgüter dem Ehemanne giebt [33]). Wer hingegen Grundstücke blos als Nutznießer oder als Pfandgläubiger besitzt,

33) Es tritt hier die Analogie der *L. 15. §. 1. D. h. t.* ein, wo es heißt: *Possessor* autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, *possessor* intelligitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse, ULPIANUS scripsit; womit noch §. 3. zu verbinden: Si fundus in dotem datus sit: tam uxor, quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur. Ob nun gleich diese Verordnung der *L. 15. h. t.* nur von derjenigen Sicherheit redet, daß man sich auf die bestimmte Zeit vor Gericht stellen wolle, so wird doch selbige heutiges Tages auf alle gerichtliche Sicherheitsbestellungen angewandt. LAUTERBACH in alleg. Diss. ad L. 15. D. qui satisd. cog. Cap. IV. §. 11. VULTEJUS in Tract. de iudiciis Lib. II. Cap. V. nr. 88—90. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 477. Uebrigens ergiebt sich aus dem Zusammenhange der angeführten Gesetzstelle, daß das Wort *possessor* in derselben den Eigenthümer bezeichnet. S. F. C. von Savigny Verbesserungen und Zusätze zur ersten Ausgabe der Abh. vom Besitz S. 25. oder §. 8. S. 85. der 2ten Ausgabe. Giessen 1806. In dem angef. §. 3. der L. 15. lesen einige statt propter possessionem, *propter petitionem*, und wollen darunter die reivindicationem verstehen. Allein man sehe *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas Tom. I. pag. 290.

besitzt [34]), ist deswegen von der Sicherheitsbestellung eben so wenig frey, als derjenige, welcher blos bewegliche Güter besitzt, wenn sie gleich von noch so großem Werthe wären [35]). Eine besondere Verpfändung eigenthümlicher Besitzungen wird nun zwar, wie bereits bemerkt worden, heutiges Tages nicht erfordert [36]), dies hat nun aber auch freylich die Folge, daß wenn der Besitzer während des Processes seine liegende Güter etwa veräußern sollte, er zur Leistung einer neuen Sicherheit angehalten werden könne [37]). Es versteht sich übrigens, daß hier unter unbeweglichen Gütern nur das zu verstehen ist, was über der Erde, und nicht, was darunter ist, z. B. Bergwerke [38]). Sind diese Güter im Proceß befangen, so pflegt man heutiges Tages einen Unterschied zu machen, ob der Besitzer darüber mit demjenigen selbst in Streit ist, welcher die Caution verlangt, oder mit einem Dritten. Im erstern Falle behaupten

34) *Arg. L. 15. §. 2. D. h. t.* Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 17.

35) WERNHER in Observ. for. T. II. P. IX. Obs. 113. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 10.

36) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. *a* WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 359. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9.

37) LUDOVICI in Diss. alleg. de eo, qui post L. C. bona immob. possidere desiit. Cap. IV. SCHAUMBURG cit. loc. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIX. §. 2. Not. 6. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 10. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4409.

38) *de* BERGER in Oecon. iuris cit. loc. Not. 5. und *de* WINCKLER in Not. ad *Bergerum* pag. 768.

ten unsere practischen Rechtsgelehrten [39]), daß ein solcher Besitz eines streitigen Grundstücks von der Sicherheitsbestellung nicht befreye, im andern Falle hingegen sey der Besitzer des Grundstücks, des darüber mit einem Dritten führenden Processes ungeachtet, von aller Cautionsleistung frey. Eben dieser Meinung ist auch unser Verfasser. Allein daß diese Distinction mit der Analogie des römischen Rechts [40]) nicht

39) CARPZOV P. I. Constit. V. Definit. 15. BERLICH P. I. Concl. XX. nr. 39. VULTEIUS de Iudiciis lib. II. cap. 5. nr. 171. *de* BERGER in Oecon. iuris cit. loc. Not. 5. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465.

40) *L. 15. §. 6. D. h. t.* Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde, cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? et recte dicetur, possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit. Eigentlich bezieht sich diese Stelle auf die Satisdation, welche ehemals der Appellant wegen der Strafe einer ungerechten Appellation bestellen mußte. Dieß beweißt auch die Ueberschrift der L. 15. nach welcher dieses ganze Fragment aus des AEMILII MACRI *libro I. de Appellationibus* entlehnet worden ist. Von dieser Caution handelt PAULUS *lib. V. Sententiar. Receptar.* Tit. XXXIII. de cautionibus et poenis appellationum, ganz ausführlich. Eine solche Satisdation leistete nun der Besitzer des in Anspruch genommenen Grundstücks, wenn er wider das gegen ihn ausgefallene Urtheil der erstern Instanz die Appellation ergriff, darum nicht, weil Niemand während des Processes des Vortheils seines Besitzes beraubt werden darf, *§. 4. I. de Interdict.* mithin derselbe in Ansehung der in der Appellationsinstanz zu leistenden Sicherheit immer noch als ein Gutsbesitzer angesehen werden konnte. Weil jedoch schon längst vor Justinian diese Art der Satisdation von den Kaisern Diocletian und Maximian ist aufgehoben worden, *L. 6. §. ult. Cod. de appellat.* so hat

nicht wohl übereinstimme, als nach welcher der über das Grundstück erhobene Rechtsstreit, wenn er auch gleich schon in der erstern Instanz für den Kläger wäre entschieden worden, dennoch nicht hindern solle, den Beklagten in Absicht auf Befreyung von der Satisdation in dem in Frage stehenden Processe für einen Besitzer unbeweglicher Güter zu erkennen, haben schon **Müller**[41]) und **Schilter**[42]) gezeigt. So wie indessen in Absicht auf das heutige Recht der Fall ohnedem gar nicht denkbar ist, daß von dem Besitzer eines Grundstücks, welches in Anspruch genommen wird, ein Vorstand der Unkosten und Wiederklage halben in diesem nämlichen Proceß gefordert werden könnte, weil ja diese Cautionen nur dem Kläger obliegen, dieser aber nicht zugleich Besitzer der in Anspruch genommenen Sache seyn kann[43]); so wird die Regel, daß der Besitzer eines streitigen Grundstücks seinem Gegner zu keiner Sicherheitsbestellung gehalten sey, auch in Ansehung des Beklag-

hat Tribonian die ganze Stelle des Aemilius Macer gegen die Absicht dieses alten Rechtsgelehrten auf die Cautionen de iudicio sisti übertragen, von welchen in den Gesetzen dieses Titels vorzüglich gehandelt wird, und muß daher auch nun von denselben ex mente IUSTINIANI verstanden werden. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 7. *Ian.* VALCKENAER Diss. de duplici Legum interpretatione pag. 109. seq. und *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas ad Dig. T. I. h. t. pag. 289.

41) ad STRUVII Syntagm. iuris civ Exerc. V. Th. 25. Not. γ pag. 248.

42) in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 18. et 19.

43) Eben dieß bemerkt auch SCHILTER a. a. O.

klagten noch wohl eine Einschränkung erhalten müssen, wenn der Kläger cautionem iudicatum solvi von demselben, als dem Besitzer, fordert. Denn wenn gleich der Kläger in so fern wohl sicher genug ist, daß der Beklagte mit dem Grundstück nicht die Flucht ergreiffen kann, sondern dasselbe, wenn Kläger den Proceß gewinnt, an ihn abgetreten werden muß, so kommt es doch auch bey solchen Real-Ansprüchen auf Ersatz der Früchte, Accessionen und zugefügte Schäden an, wozu der Beklagte verurtheilt zu werden pflegt. Für diese Forderungen des Klägers dürfte also wohl der bloße Besitz des Beklagten, ohne eine besondere Cautionsleistung, um so weniger bürgen[44]), da das römische Gesetz den Beklagten nur darum wegen seines Besitzes von der Satisdation frey spricht, weil solcher den Verdacht der Flucht ausschließt, außerdem aber kann natürlich der Gegenstand des Rechtsstreites nicht auch zugleich das Mittel der Sicherheit seyn. — Wie wenn unter mehreren Litis-Consorten nur einer mit unbeweglichen Gütern angesessen wäre, sind deswegen auch die übrigen mit der Cautionsleistung z. B. der Wiederklage und Unkosten halber zu verschonen? Nein; die Caution ist untheilbar, die übrigen nicht so begüterten Streitgenossen können sich daher der verlangten Sicherheitsbestellung nicht entziehen, wenn sie gleich einen geringern Antheil an der Klage haben sollten[45]).

Ob

44) SCHILTER a. a. O. Not. 2. pag. 151. macht sich diesen Zweifel selbst, ohne ihn jedoch zu heben.

45) *de* WINCKLER in cit. Adversar. iuris iudiciarii Obs. 3. circa fin. Pütters Rechtsfälle I. Bandes IV. Theil Decis. CLIX. n. 49.

Ob nun gleich der Besitz beweglicher Sachen, wie bereits bemerkt worden, in der Regel von der Cautionsleistung nicht befreyt, so findet doch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche eine Ausnahme in dem Falle Statt, wenn die beweglichen Güter von der Beschaffenheit sind, daß sie nicht so leicht und ohne Aufsehen von ihrem Orte weggebracht, und daher in dieser Hinsicht den unbeweglichen Gütern gleichgeachtet werden können, wie z. B. eine zahlreiche Bibliothek, eine ansehnliche Buchhandlung, Apotheke, ein completes Waarenlager u. dgl. [46]). Nur müssen freylich diese Sachen nicht gerade in dem Processe befangen seyn, in welchem die Caution verlangt wird, weil der Gegenstand des Rechtsstreits, wie schon bemerkt worden ist, nicht auch das Mittel der Sicherheit seyn kann, in so fern nämlich von dem Vorstande, das Zuerkannte zu leisten, die Rede ist [47]).

Allein sehr streitig ist die Frage, ob auch ein bloßer Realanspruch auf unbewegliche Güter, in so fern selbiger in einem Eigenthums- oder Erbrechte gegründet ist, von der Verbindlichkeit, gerichtlichen Vorstand zu leisten, befreye? Unser Verfasser entscheidet dieselbe mit Leyser [48])

46) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 15. *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. ICti Tubingenses Vol. VIII. Consil. CIII. n. 39. sqq. WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 6. Siehe auch diesen Commentar II. Th. §. 173. S. 523.

47) Arg. *L. 71. D. de fideiuss. L. 11. D. h. t.*

48) Meditat. ad Pandect. Spec. XXXIV. medit. 3. Siehe auch *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. I. Fasc. II. Obs. 136.

bejahend, und nach dieser Meinung wird auch in der Praxis gesprochen[49]), ob gleich freylich nicht zu läugnen ist, daß die Gründe für dieselbe nicht außer allem Zweifel sind[50]). Sie sind folgende: 1) die Cautionsleistung ist eine Beschwerde für den, welchem sie obliegt, folglich ist sie so viel möglich einzuschränken. Dahingegen muß die Befreyung von derselben jederzeit ausdehnend erklärt werden. Allein **einmal** ist die Regel: *odiosa restringenda, favorabilia autem interpretatione extendenda sunt*, als eine trügliche und unbrauchbare Regel der Hermenevtic von den Rechtsgelehrten längst verworfen worden[51]). Zum **andern**

49) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Constitut. V. definit. 17. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9. PUFENDORF Introduct. in processf. civ. P. II. Cap. I. §. 9. *Christph. Lud.* CRELL Diss. actionem realem, qua res immobilis petitur, ad subterfugiendum onus satisdationis actori profuturam. *Lipsiae* 1725. (Fasc. II. *Dissertat.* CRELLII pag. 249.) von **Selchow** neue Rechtsfälle II. Band Nr. XXVII. S. 180.

50) Sie sind geprüft in *Corn. Ioan. Rud.* RIDEL Diss. qua disquiritur, utrum actio quoad rem immobilem a cautione in processu praestanda liberet, nec ne? *Goettingae* 1783. Allein gründlich widerlegt sind sie in *Franc. Car.* CONRADI Diss. actorem, qui fundi petitionem habet, satisdare cogendum. *Erfordiae* 1725. Man sehe auch *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv iuris civ. Sect IV. Cap. II. §. 6.

51) Man vergleiche TITIUS in iure privat. Rom. Germ. Lib. *I.* cap. XVII. §. 23. et 24. *Io. Frid.* POLAC Diss de noxia et incongrua favorabilium et odiosorum interpretatione. *Francof. ad Viadr.* 1728. *Io. Laur.* HOLDERRIEDER Diss. de principiis interpretationis legum adaequatis. (*Lipsiae* 1736.) Sect II. §. 24. *Car. Aug.* RITTER Regulae interpretationis iuridicae praestantiores ex adaequatis princip. demonstrat. (*Lipsiae* 1741.)

dern ist zwar allerdings die Befreyung von der Cautionsleistung für denjenigen, welcher sonst dazu verbunden wäre, sehr favorabel, aber auch gewiß eben so präjudicirlich für den andern Theil, dem die Sicherheit zu leisten ist. Sollte nun dieser weniger Begünstigung verdienen, als jener, da er durch die verlangte Caution doch nur seinen Schaden zu vermeiden sucht [52]? Ja prägen es uns die Gesetze nicht selbst bey jeder Gelegenheit ein, Rechtsbegünstigungen und Wohlthaten nicht zum Nachtheil anderer auszudehnen [53]? 2) Wem eine Realklage auf unbewegliche Güter zustehet, den trift der Verdacht der Flucht eben so wenig, als denjenigen, welcher diese Güter selbst besitzt; es ist mithin kein Grund zur Cautionsleistung vorhanden. Allein wer siehet nicht, daß hierbey sehr viel auf die Beschaffenheit des Anspruchs und den Gegenstand desselben ankommt, es kann daher nicht allgemein behauptet werden, daß ein bloßer Realanspruch allen Verdacht der Flucht ausschließe. 3) Realklagen, welche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, werden bekanntermaßen zu den unbeweglichen Gütern gerechnet [54]). Der Besitzer einer

 solchen

1741.) §. 15. *Franc. Guil.* ROMANI Progr. de favorabili et odioso. (*Lipsiae* 1750.) NETTELBLADT in System. element. iurisprud. positivae Germanor. communis generalis §. 231. nr. III.

52) Semper favendum est magis de damno, quam de lucro captando certanti. *L. 33. D. de Reg. Iur. L. 11. §. 6. L. 34. pr. D. de Minorib. L. 7. D. de iuris et facti ignor.* MEVIUS T. I. P. III. Decis. 381. not. 5. und T. II. P. VI. Decis. 241. Not. 8.

53) *L. 2. §. 16. D. Ne quid in loco publ. L. 40. D. de administr. et peric. tutor.*

54) S. diesen Commentar im II. Th. §. 174. S. 535. f.

solchen Realklage sey also wie der Besitzer eines Grundstücks anzusehen, und daher aus gleichem Faveur der Gesetze von der Sicherheitsbestellung zu befreyen. Die Gesetze selbst geben dieses deutlich zu verstehen, wenn sie sagen: Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur [55]). Ferner: Id apud se quisque habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest [56]). Desgleichen: Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes, ad reciperandam eam, actionem habemus [57]). Dieser Grund hat zwar den meisten Schein, fällt aber doch auch, bey genauerer Prüfung, dahin. Denn einmal dünkt mich, bleibt noch immer ein sehr grosser Unterschied, ob man bloß eine Klage besitzt, welche, insofern sie eine unbewegliche Sache zum Gegenstande hat, selbst zu den unbeweglichen Gütern gerechnet wird, und ob man wegen des Besitzes einer solchen Klage für den eigentlichen Besitzer der unbeweglichen Sache selbst gehalten werden kann. Ganz recht anwortet daher Schilter [58]): *ius in re immobili non est ipsa res immobilis, nec utrobique par ratio est.* Sodann sagen zwar jene Gesetzstellen, daß derjenige, welcher ein gegründetes Recht hat, eine in dem Besitz eines andern befindliche Sache, als die seinige, abzufordern, eben so gut für den Eigenthümer zu halten sey, als derjenige, welcher das Seinige

55) *L. 15. D. de Reg. iuris.*

56) *L. 143. D. de Verbor. Significat.*

57) *L. 52. D. de acq. rer. domin.*

58) In Praxi Iuris Rom. Exerc. VII. §. 23. pag. 153.

Seinige selbst in Händen hat[59]); allein deswegen besitzt er doch die Sache noch nicht wirklich, auf deren Auslieferung er klagen kann. Nach dem Ausspruche des Aemilius Macer aber soll nur der eigentliche Civilbesitz eines Grundstücks von der Verbindlichkeit der Satisdation befreyen[60]). Ein uneigentlicher, analogischer und Quasi-Besitz einer bloßen Klage wird also dadurch gänzlich ausgeschlossen[61]). In Absicht auf das Eigenthum, und das Recht über eine Sache zu disponiren, ist es freylich einerley, ob ich die Sache selbst, oder wegen dieser Sache eine wirksame Klage habe. Aber in Absicht auf die Vortheile des Besitzes, welche derjenige entbehren muß, dem eine bloße Klage zustehet, so wie in Erwägung der Last des Beweises, die dem Kläger obliegt, und des sehr ungewissen Ausganges des Processes, ist es auch wahr, was Pomponius[62]) sagt: *Minus est actionem habere, quam rem.* Hierzu kommt noch ein anderer Grund, warum es der Parthey, welcher die Caution zu leisten ist, nicht gleich-

59) Siehe den 2ten Theil dieses Commentars §. 174. und Not. 17. S. 536.

60) Dieß beweisen nicht nur die Worte der *L. 15. §. 1. D. h. t.* POSSESSOR is accipiendus est, qui in agro vel civitate REM SOLI possidet; sondern auch die daselbst angeführten Beyspiele.

61) Daß von einem solchen analogischen Besitz in den angeführten Gesetzstellen die Rede sey, beweißt das Wort VIDETUR, welches eine rechtliche Fiction anzeigt. S. *Iul.* a. BEYMA in Commentar. ad L. 143. Digestor. de Verbor. Significat. und ad L. 15. D. de Reg. Iuris (*Leovardiae* 1649. 8.)

62) *L. 204. D. de Reg. iuris.* Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDI und *Iulii* a BEYMA Commentaria in Tit. Dig. de divers. Reg. iuris ad h. L.

viel seyn kann, ob man denjenigen, welcher blos eine Klage besitzt, schon für den wirklichen Besitzer der Sache selbst hält, worauf sich diese Klage erstreckt. Denn eine Klage kann leicht durch Präscription erlöschen, der Eigenthümer kann sie heimlich und ohne Wissen des Gegentheils einem Dritten cediren. Alles dieses aber ist bey einem wirklichen Besitz der Sache nicht zu besorgen. Man läßt auch leichter eine Sache fahren, die man erst durch Proceß zu erhalten suchen muß, als daß man den Besitz eines Grundstücks verlassen sollte. Gründe genug, warum das Gesetz den eigentlichen und wirklichen Civilbesitz unbeweglicher Güter zur Befreyung von der Satisdation erfordert [63]). Der letzte Grund für die gemeine Meinung ist endlich, 4) daß in dem §. 4. der mehrerwähnten *L.* 15. *D. h. t.* derjenige, qui fundi petitionem personalem habet, von dem Faveur jener Befreyung ausdrücklich ausgenommen wird. Hieraus schließt man a contrario, daß derjenige, qui petitionem fundi realem habet, mit der Sicherheitsbestellung zu verschonen sey. Denn warum hätte das Gesetz gerade der Personal-Klagen gedacht, wenn Klagen überhaupt keine Befreyung von der Caution gewähren sollten? Diese Ausnahme bestätige also die Regel in dem nicht ausgenommenen Falle, wenn nämlich Klagen, die unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, aus einem dinglichen und zwar entweder einem Eigenthums- oder Erbrechte entstehen. Allein so blendend auch dieses Argument dem erstern Anscheine nach ist, so vielem Zweifel ist es unterworfen. Denn nicht zu gedenken, daß die so genannten argu-

63) S. *Pet.* MÜLLER ad STRUVII Syntagm. iuris civ. Exercit. V. Th. 25. Not. γ. Nr. II. pag. 248.

argumenta a contrario bey der Erklärung der Gesetze der Pandecten überhaupt sehr mißlich, und mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen sind [64]); so ist noch erst die Frage, ob dasjenige, was in dem angeführten §. 4. gesagt wird, von allen Personal-Klagen überhaupt zu verstehen sey. Wenigstens läßt sich daran nicht ohne Grund zweifeln, wenn man diesen §. 4. in Verbindung mit dem unmittelbar vorhergehenden erklärt. Hieraus wird sich ergeben, daß in jener Stelle eigentlich nur von der *actio pro dote petenda* die Rede sey. Denn unmittelbar vorher §. 3. *L.* 15. *D. h. t.* sagt **Macer**: Si fundus in dotem datus sit; tam uxor, quam maritus, propter possessionem eius fundi, possessores intelliguntur; und nun heißt es gleich nach §. 4. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet; dieß kann ganz füglich von einer *petitio fundi dotalis* [65]) verstanden werden. Der Jurist will nämlich so viel sagen: anders verhalte sich die Sache, wenn dem Ehemann ein Grundstück, als Heyrathsgut, zwar versprochen, aber noch nicht übergeben worden ist. In diesem Falle könne man ihn noch nicht als Be-

Hh 5 sitzer

64) *Ger.* NOODT hat diese Wahrheit an mehreren Orten seiner Schriften durch viele Beyspiele erwiesen. Man sehe desselben Probabilia L. I. Cap. 3. §. 4. desselben Diocletianum et Maximian. Cap. 22. und de Usufructu L. I. Cap. 19. et lib. II. Cap. 10. Siehe auch diesen Commentar I. Th. §. 37. S. 266.

65) Es geschieht zwar freylich des fundi dotalis in dem angeführten §. 4. keine ausdrückliche Erwähnung. Allein es ist dem Styl der römischen Rechtsgelehrten gemäß, daß, wenn sie vorher vom fundo dotali geredet haben, sie solchen hernach nur schlechthin FUNDUS nennen. Man vergleiche *L.* 2. 5. *et* 11. *D. de fundo dotali.*

sitzer betrachten. Denn er habe ja nur eine Personalklage, nämlich die *actio ex stipulatu*, wenn das Heyrathsgut durch Stipulation versprochen worden, oder die *condictio*, wenn dasselbe ohne Stipulation durch die Solennität einer Diction zugesagt worden[66]). Diese Klagen wären aber freylich noch nicht hinreichend, um in deren Rücksicht den Ehemann von der Satisdation frey zu sprechen, weil doch immer noch die Hauptsache, nämlich der Besitz, ihm mangele, so lange das Dotalgut noch nicht übergeben worden ist. Wer bemerkt hier nicht den Unterschied zwischen fundus promissus und traditus, ferner zwischen Besitz und Klage? Noch eins. Wenn der römische Jurist wirklich die Absicht gehabt hätte, hier von persönlichen Klagen überhaupt zu reden, so würde er sich eines Theils eines solchen Ueberganges nicht bedient haben, wenn er sagt: diversa causa est eius etc. andern Theils aber würde auch alsdann die ganze Bemerkung füglich haben wegbleiben können, weil der Unterschied zwischen dem Besitzer eines Grundstücks, und demjenigen, welcher nur petitionem fundi personalem hat, besonders in Absicht auf Cautionsleistung,

66) Denn zur Zeit des Aemilius Macer geschahe das Versprechen eines Heyrathsguts noch auf eine feyerliche Art durch Stipulation oder Diction. ULPIANUS in Fragm. Tit. VI. in SCHULTING *Iurisprudent. Antejustin.* p. 581. NOODT in Commentar. ad Pandect. Tit. de iure dotium, *Oper. Tom. II.* pag. 503. besonders *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. XV. pag. 143 — 147. (*edit. Tübingens. 1788. 4.*). Die hypothekarische Klage wegen einer versprochenen Brautgabe hat erst Justinian dem Ehemann gegeben. *L. un.* §. 1. *Cod. de Rei Uxor. act.* Darum gedenkt der römische Jurist nur der persönlichen Klage.

stung, viel zu sehr in die Augen leuchtet, als daß es deßfalls einer besondern Bemerkung bedurft hätte. Allein versteht man den §. 4. von der persönlichen Dotalklage, so war die Bemerkung des römischen Rechtsgelehrten gar nicht überflüßig, weil allerdings darüber Zweifel entstehen konnte, ob nicht derjenige, welchem ein Grundstück zum Heyrathsgute versprochen worden, schon gewissermassen als Besitzer desselben anzusehen sey, weil die Gesetze die Rechte der Heyrathsgüter um des allgemeinen Nutzens willen sehr begünstigen, und daher eine darauf sich beziehende Klage immer als eine sehr sichere Klage angenommen werden kann [67]). Da also kein deutliches Gesetz die Frage entscheidet, ob und in wiefern ein bloßer Realanspruch an unbeweglichen Gütern von der Verbindlichkeit zur Sicherheitsbestellung befreye, so kommt es hier, wie auch Schilter [68]) richtig bemerkt, vorzüglich auf das Ermessen des Richters an, welcher aus dem Befinden der Umstände zu beurtheilen hat, ob diejenige Parthey, um derenwillen die Caution vorgeschrieben ist, ohne eine besondere Bestellung derselben, wegen Unkosten, Wiederklage, Stellung des Gegners vor Gericht, Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils, oder weßhalb sonst eine Caution erfordert wird, hinlänglich gesichert sey, so daß dadurch aller Grund zu Besorgnissen hinlänglich aus dem Wege geräumt wird [69]). Wenn daher die An-

67) *L. 1. D. soluto matrimon. L. un. pr. et §. 1. Cod. de rei uxor. act.*

68) Exercit. ad Pandect. VII. §. 23. pag. 153. *L. 3. §. 1. Ut in possession. legator.*

69) Mit mir stimmt auch Grolmann in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 157. S. 299. überein.

Ansprüche desjenigen Theils, welchem die Sicherheitsbestellung obliegt, von der Art sind, daß man bey dem Gerichte, wo der Proceß rechtshängig ist, wegen der demselben obliegenden Verbindlichkeiten schleunige Hülfe cum effectu erlangen könne, oder sonst der Verdacht einer Flucht nicht leicht Statt finden kann, so kommt es nicht weiter auf die Gattung solcher zuständiger Ansprüche an, sondern der Richter kann eine solche Parthey von aller Satisdation freysprechen, weil Niemand mit unnöthiger Cautionsleistung zu beschweren ist. Ganz vergeblich ist es demnach, wenn die heutigen Rechtsgelehrten über diejenigen Realklagen, welche von der Cautionsleistung befreyen sollen, sich nicht vereinigen können, und einige nur die Reivindication[70]), andere auch die Publicianische und die Erbschaftsklage[71]), noch andere aber auch die Confeßorische Klage, in so fern sie eine Prädial-Servitut zum Gegenstande hat[72]), hierher rechnen wollen, ohne in Erwägung zu ziehen, daß keine Klage überhaupt und an sich eine solche Befreyung mit sich führt.

Noch ist die Frage übrig, ob die unbeweglichen Güter, deren Besitz von der Verbindlichkeit, Vorstand zu leisten, befreyen soll, gerade unter dem Richter, vor welchem der Proceß geführet wird, gelegen seyn müssen, oder ob es genug ist, wenn sie nur in demselben Lande, obgleich außer dem Gerichtszwange jenes Richters, liegen? Verschie-

70) LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandect. h. t. §. 17.

71) LEYSER Spec. XXXIV. med. 3.

72) CRELL cit. Dissert. §. 15.

schiedene Rechtsgelehrten wollen das letztere behaupten [73]), allein, wie mich dünkt, ohne einen hinreichenden Grund. Denn die Stelle Ulpians [74]), auf welche man sich deshalb beruft, sagt nur, daß es genug sey, si quis in alia eiusdem provinciae civitate satisdationem praestare paratus sit. Man hat aber nicht bedacht, daß alle Städte einer Provinz bey den Römern dem Imperium des nämlichen Präses unterworfen waren, und daß durch ihn die Hülfsvollstreckung geschehen mußte [75]). Eben derselbe Präses der Provinz hatte daher den Gerichtszwang sowohl an dem Orte, wo die Klage war erhoben worden, als an dem, wo das Mittel der Sicherheit befindlich war [76]). Wie läßt sich aber wohl der Schluß von dem Präses einer römischen Provinz auf unsere Landesherren rechtfertigen? Man mache also vielmehr mit Stryk [77]) und Berger

73) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses Tit. 262. §. 2156. g. *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1045. Allein letzterer behauptet auch wieder an einem andern Orte das Gegentheil, nämlich Obs. 1159. S. auch *de* WINCKLER in Adversar. iur. iud. Obs. 3. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 4409. in fin. und MALBLANC in Dig. h. t. §. 227.

74) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

75) Man sehe, was ich davon schon an einem andern Orte dieses 3. Theils S. 23. f. gesagt habe.

76) Denn den obrigkeitlichen Personen in den Municipalstädten stand die Hülfsvollstreckung anders nicht, als mit Vorwissen des Präses der Provinz zu. *L. 11. Cod. de pignorib.*

77) in Usu Mod. Pandect. h. t. §. 9.

ger[78]) einen Unterschied, ob durch ausdrückliche Landesgesetze, wie z. B. in Sachsen und in den Preußischen Staaten[97]) verordnet worden, daß es bey dem Besitz unbeweglicher Güter, in Absicht auf Befreyung von der Caution, nicht auf die Lage derselben ankommen, sondern genug seyn solle, wenn sie nur innerhalb des Landes, wo der Proceß geführt wird, liegen; oder ob eine solche Landesverordnung nicht vorhanden ist. So wie nun in dem ersten Falle die Sache außer Zweifel ist, so ist hingegen in dem andern wieder darauf zu sehen, ob der Rechtsstreit bey dem höchsten Landesjustizcollegium anhängig ist, welches im Namen des Landesherrn spricht, und unter welchem die übrigen Richter und Obrigkeiten stehen, in deren Gerichtsbezirk die unbeweglichen Güter derjenigen Parthey, von welcher Caution gefordert wird, gelegen sind, oder ob der Proceß bey einer untern Instanz geführt wird. Im erstern Falle ist es zur Befreyung von der Caution hinreichend, wenn die unbeweglichen Güter nur in demselben Lande, wenn gleich an einem andern Orte, als wo der Proceß geführt wird, liegen; im letztern Falle aber erfordert man heutiges Tages, daß die Parthey, welche mit der Sicherheitsbestellung verschonet werden will, mit unbeweglichen Gütern unter dem Gerichtszwange des Richters angesessen sey, vor welchem der Rechtsstreit

78) in Supplement. ad Electa disceptat. forens. P. I. Tit. XII. et XIII. ad Obs. 3. pag. 153.

79) Allgem. Gerichtsordn. für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 21. §. 2. S. 487. Nr. 2.

ſtreit hänget[80]), weil nur unter dieſen Umſtänden der obſiegende Theil leichte und ſchleunige Hülfe erwarten kann[81]).

§. 249.

Caution muß gefordert werden.

Uebrigens gehören Cautionsleiſtungen im Prozeß zu den Rechten der Partheyen. Der Richter kann daher der Regel nach nicht von Amtswegen, ſondern nur aufgerufen von einem der ſtreitenden Theile, welchem daran gelegen iſt, auf Sicherheitsbeſtellung erkennen[82]). Denn es iſt eine bekannte Regel: *quod iudex officium ſuum in cauſis civilibus non impertiatur, niſi imploratus*[83]). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn die Caution eine ſolche iſt, aus deren Vernachläßigung eine unheilbare Nichtigkeit in Abſicht auf das ganze Prozeßverfahren entſtehen würde. Von dieſer Art iſt die Sicherheit wegen der Genehmhaltung (cautio de rato), welche daher der Richter von Amts-

80) Ganz richtig ſagt daher SCHAUMBURG in Compendio iuris Digeſtor. h. t. §. 10. *Bona immobilia* EXTRA DISTRICTUM IURISDICTIONIS *ſita, cautionis neceſſitatem non perimunt, niſi lis* CORAM PRINCIPE *pendeat, vel* SPECIALIS LEX *adſit.*

81) S. *de* CRAMER in Obſervat. iuris univ. Tom. IV. Obſ. 1159. AYRER cit. Diſſ. de cautione a bonor. immobil. poſſeſſore non exigenda. Cap. III. §. 9. und Grolmanns Theorie §. 157. S. 298.

82) *L. 1. §. 9. D. Ut legator. ſeu fideicom. ſervand. cauſ. caveat. Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de iudice procedente ex officio in proceſſu civili. (*Halae* 1712.) Cap. I. §. 8. pag. 13.

83) MEVIUS Tom. II. P. VII. Deciſ. 142. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 1 Band Nr. X. §. 1.

Amtswegen anbefehlen kann [84]). 2) Wenn die Parthey, welche die Caution fordern kann, eine in den Gesetzen besonders begünstigte Person ist, für deren Bestes der Richter von Amtswegen zu sorgen hat. Dieses ist der Fall bey Minderjährigen und solchen Personen, die den Minderjährigen gleich geachtet werden, z. B. milden Stiftungen, Kirchen, Schulen, Städten, Gemeinheiten u. dgl. Hier ist es eine unstreitige Pflicht des Richters, dem Gegner solcher Personen, da wo es die Nothdurft und das Beste derselben erfordert, auch ohne ihr geäußertes Verlangen, Sicherheitsleistungen aufzulegen [85]),

84) Martini Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 299. a. E. S. 416. Gönner a. a. O. §. 7.

85) BOEHMER cit. Differtat. Cap. II. §. 9. Gönner a. a. O. §. 38.

Lib. II. Tit. IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

---

§. 250.

Besondere Art der Cautionsleistung bey Noxalklagen.

Wenn bey den Römern ein Herr aus einem Privat-Delict seines Sklavens actione noxali belangt wurde, so mußte er dem Kläger Caution bestellen, *se servum in eadem causa exhibiturum, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur* [86]). Der Zweck hiervon war, durch diese Caution vorzubeugen, daß nicht der Beklagte durch eine etwa vor der Litiscontestation unternommene Veräußerung oder noxae deditio des Sklavens die Lage des Klägers und seiner Rechte verschlimmern, oder deren Ausführung beschwerlicher machen möge [87]) Denn durch die bloße in ius vocatio ward der Sklave noch nicht streitig. Erst die Litiscontestation brachte den effectum litigiosi hervor, wie oben (§. 236. b.) gezeigt worden ist. Folglich konnte der Sklave bis dahin noch verkauft, oder einem andern, der auch durch denselben beschädiget worden, an Zahlungsstatt übergeben werden. Allein dieß war für den Kläger sehr nachtheilig, denn nun mußte er die Sache, nach der Regel: noxalis actio caput sequitur, mit dem neuen Herrn und Besitzer des Sklavens ausmachen [88]). Nach der

86) *L. 1. D. h. t.*

87) *L. 1. §. 1. D. h. t.* IN EADEM CAUSA SISTERE videtur, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius.

88) *§. 5. I. de noxalibus action.*

der Litiscontestation hingegen hatte der Kläger nichts mehr zu befürchten. Denn wenn der Beklagte auch nun aufhörte, den Sklaven zu besitzen, so hatte die Klage doch ihren Fortgang, der Beklagte wurde nunmehr zur Ersetzung des Schadens schlechthin verurtheilt, und er hatte sich es selbst zuzuschreiben, daß er sich um die Erlaubniß gebracht, den Sklaven zum Ersatz des Schadens hinzugeben[89]). Wenn der Herr nach geleisteter Caution den Sklaven freyließ, so schien die Lage des Klägers dadurch nicht verschlimmert zu seyn[90]), weil nun die actio directa gegen den Freygelassenen angestellt werden konnte[91]). Denn wenn gleich Sklaven nach erfolgter Freylassung derselben aus ihren vormaligen Contracten nicht weiter belangt werden konnten, so blieben sie doch aus ihren Verbrechen verbindlich[92]). Jedoch hat alles dieß heutiges Tages keinen Gebrauch mehr. Wer indessen mehr von dieser Caution wissen will, der lese Anton Schulting[93]) und besonders Gregor Majansius[94]).

89) *L. 37. et 38. pr. D. de noxal. actionib.* In der *L. 38.* lesen einige ältere Ausgaben für sublaturum, *subiturum.* Aber unrichtig. Denn *sufferre litis aestimationem* statt praestare ist eine ganz bekannte, besonders dem Ulpian gewöhnliche Redensart, wie aus *L. 17. §. 4. D. de iniur. L. 17. §. 18. L. 23. §. 8. D. de aedil. edict. L. 21. §. 2. D. de evict* erhellet. Siehe *Car. Andr.* DUKER in Not. ad Opuscula de latinitate vet. ICtor. pag. 359. et BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *sufferre.*

90) *L. pen. in fin. D. h. t.*

91) *§. 5. Inst. de noxal. act.*

92) *L. 14. D. de obligat. et action.*

93) in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t.

94) in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iuris civ. corpore. (*Genevae 1764. 4.*) Tom. II. pag. 265. sqq.

Lib. II.

Lib. II. Tit. X

De eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio ſiſtat.

§. 251.

Mancherley Rechtsmittel, wenn eine Parthey durch eines andern Bosheit iſt abgehalten worden, vor Gericht zu erſcheinen.

Wenn der Beklagte, ſeiner geleiſteten Caution zu Folge, ſich zur beſtimmten Zeit vor Gericht nicht ſtellete, ſo war entweder ein Ungehorſam deſſelben die Urſache ſeines Auſſenbleibens, oder es war Bosheit eines andern [95]), der ihn verhindert hatte, ſich gehörig zu ſtellen. Der erſtere Fall gehört zum folgenden Titel, letzterer aber hierher. Der Beklagte konnte nun entweder aus Bosheit und Chikane des Klägers ſelbſt, oder aus Argliſt und Gefährde eines Dritten ſeyn abgehalten worden, zu erſcheinen. Im erſten Falle konnte ſich der Beklagte mit der exceptio doli ſchützen, wenn etwa der Kläger gegen ihn ex ſtipulatu auf die Bezahlung der Strafe klagte [96]).

94) Worin dieſer *dolus* beſteht, lehrt *L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.* Feciſſe autem DOLO MALO non tantum is putatur, qui ſuis manibus, vel per ſuos retinuerit; verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne iudicio ſiſtat, ſive ſcientes, ſive ignorantes, quid eſſet, quod committeretur. — DOLUM MALUM etiam accipimus, ut ſi quis venienti ad iudicium aliquid pronunciaverit triſte, propter quod is neceſſe habuerit, ad iudicium non venire, teneatur Edicto.

96) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

Im andern Falle hingegen konnte er gegen den Dritten auf das Interesse klagen[97]). Eine Exception konnte deshalb dem Kläger darum nicht entgegen gesetzt werden, weil ihm der dolus eines Dritten nicht schaden konnte[98]). Hatte jemand aus Gefährde den Kläger abgehalten, vor Gericht zu erscheinen, und hierdurch verursacht, daß die gesetzliche Verjährungszeit unterdessen abgelaufen[99]) war, so kam es ebenfalls darauf an, ob er durch den Dolus des Beklagten oder eines Dritten war verhindert worden. Im erstern Falle konnte sich der Kläger, wenn ihm die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt wurde, mit der replica doli helfen. Im andern Falle hingegen klagte er gegen den Dritten actione in factum auf das Interesse[100]). Nach Ablauf eines Jahres hatte jedoch diese Klage nicht mehr statt[1]). War der Dritte nicht vermögend, den Schaden zu ersetzen, so stellte der Prätor, der Billigkeit wegen, die erloschene Klage wieder her, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur, wie Ulpian[2]) sich ausdrückt. Der Kläger stellte nun gegen den

97) *L. ult. §. 2. D. h. t. L. 3. D. si quis caut. in iud. sist. caus. fact.*

98) Alienus enim dolus nocere alteri non debet. *L. 26. §. fin. D. de noxal. action. L. 11. pr. D. de doli mali et met. except.*

99) Denn nicht durch die in ius vocatio, sondern erst durch die Litiscontestation wurde die Klage perpetuirlich. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. LXX. err. 6.

100) *L. 3. pr. D. h. t.*

1) *L. 1. §. ult. D. eod.*

2) *L. 3. §. 1. eod.* Man vergleiche hier *Ant.* FABER de erroribus pragmaticor. Decad. LXX. err. 4.

den Beklagten die actio restitutoria an, welche, wie Anton Faber gegen Accursius erwiesen [3]), eine actio utilis war. Uebrigens unterscheidet sich die in diesem Titel enthaltene Klage von derjenigen, welche vermöge des oben erklärten Tit. VII. gegen einen solchen angestellt wurde, qui in ius vocatum vi exemit, darin, daß sie von Seiten desjenigen, welcher sie anstellte, eine bloße actio rei persecutoria war, welche nur auf den Ersatz des wirklich erlittenen Verlusts (quod revera amiserit actor) gieng [4]), und sowohl vom Beklagten, als dem Kläger angestellet werden konnte. Wenn daher der Beklagte dem Kläger eine Summe von Hundert schuldig war, der Bürge aber auf den Fall, da der Beklagte sich vor Gericht nicht stellen würde, nur für Funfzig zu stehen versprochen hatte, so konnte gegen den Dritten, der den Beklagten aus Gefährde abhielt, zu erscheinen, doch auf eine Summe von Hundert, als so viel der Beklagte dem Kläger erweißlich schuldig war, geklagt werden [5]). Nur in Ansehung desjenigen, dessen Bosheit bestraft werden sollte, war sie gewissermassen eine Pönalklage [6]). Daher mußte auch jeder für das Ganze haften, wenn mehrere an den Dolus Antheil genommen hatten, hatte jedoch einer den Kläger befriediget, so waren die übrigen von

 ihrer

3) Cit. libr. Decad. LXX. err. 5.

4) *L. 3. pr. D. h. t.* S. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 12. I. de actionib.

5) *L. 3. §. 4. D. h. t.*

6) *L. 1.* pr. et §. 4. *D. h. t. Ger.* NOODT in Comm. ad h. tit. circ. fin. Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 20. et Tit. 12. §. 6.

ihrer Verbindlichkeit befreyet [7]). Allein die Klage aus dem Tit. VII. war eine pure Pönalklage, die nur der Kläger gegen den Exemtor anstellen konnte, und auch dann statt hatte, wenn gleich desselben Forderung an den Beklagten ganz ungegründet war [8]). Den Grund dieses Unterschiedes setzt Janus a Costa [9]) darin, weil durch die letztere Klage zugleich die durch die Exemtion des Beklagten beleidigte Majestät des Prätors habe geahndet werden sollen; allein in dem Falle, in welchem die Klage aus diesem Titel angestellet worden, sey die Beleidigung bloß dem Judex Pedaneus wiederfahren, der nur eine Privatperson war. Ob dieser Grund befriedigend seyn dürfte, zweifle ich sehr. Denn die Verbindung dieses Titels mit den vorhergehenden lehrt deutlich, daß solcher noch zur Materie von der in ius vocatio gehört, wodurch der Beklagte vor den Prätor gefordert wurde. Mithin ist auch hier, wie oben Tit. VII. der Fall vorauszusetzen, daß man abgehalten worden sey, vor dem Prätor zu erscheinen. Die Worte *in iudicio*, welche in der Ueberschrift dieses Titels vorkommen, beweißen nicht das Gegentheil. Es läßt sich auch aus der in den Gesetzen desselben öfters vorkommenden Redensart *iudicio sisti* noch keineswegs schließen, daß die Citation vor den Judex Pedaneus geschehen sey. Denn wenn gleich sonst in der Sprache unserer Gesetze das Wort *ius* für das Tribunal des Prätors genommen wird, *iudicium* aber denjenigen Ort bezeichnete, wo der den Partheyen bestellte

7) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

8) Man s. VOET h. t. §. 4.

9) a. a. Ort.

stellte Judex Pedaneus saß, und das streitige Factum untersuchte [10]; so sagte man doch niemahls in iure se sistere, sondern allemahl *iudicio se sistere*, *iudicio sisti*. Hierzu kommt, daß die Litiscontestation ehemals bey den Römern, nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten [11], in iure, d. i. vor dem Prätor, geschahe. Denn der Prätor konnte nicht eher einen Judex bestellen, noch demselben eine Formel vorschreiben, als bis er gesehen, worin der eigentliche Status causae bestand, und was der Kläger, oder der Beklagte bei seiner Ausflucht zu erweisen hatte. Wie wäre also nun noch eine Verjährung der Klage möglich gewesen, nachdem die Sache einmal dem Judex Pedaneus war übertragen worden? Unstreitig glaubten die Römer, daß eine offenbare Gewalt, mit welcher man sich dem Kläger bey der in ius vocatio widersetzte, für die gerichtliche Rechtsverfolgung gefährlicher und daher auch straffälliger sey, als wenn man bloß durch List und Gefährde eine Parthey von der Erscheinung vor Gericht abhielt. Ueberdem war das Recht des Klägers, den Beklagten in ius zu vociren, in einer lege publica populi Romani gegründet. Wer also einen in ius Vocirten mit Gewalt aus des Klägers Händen entriß, gesetzt auch, daß der Kläger wegen mangelnden Klagegrundes privatim wirklich nichts dabey verlohr, hatte ihn doch eines öffentlichen Rechts beraubt, und war Ursache, daß der Kläger dasjenige Recht nun nicht behaupten konnte, was populi iussu zum gemeinen Besten aller römischen Bür-

10) S. den 1. Th. dieses Commentars S. 8.

11) *Gar. Cod.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri et hodierno Sect. I. §. 3. sqq.

ger war eingeführt worden. Eine solche Verletzung des gemeinen Rechts blieb daher immer eine sehr strafbare Handlung, wenn gleich der Kläger ein Chikaneur war, mithin derselbe durch die gewaltsame Befreyung des Beklagten aus seinen Händen, in seinem Privatrechte nicht den mindesten Verlust erlitten hatte. Allein ein ganz anderes Verhältniß war es, wenn jemand den Beklagten bloß aus Gefährde abhielt, vor Gericht zu erscheinen. Denn daß der Beklagte, seiner geleisteten Caution gemäß, vor Gericht erschien, gehörte blos zum ius privatum, weil nicht sowohl ein öffentliches Volksgesetz, als vielmehr die Verbindlichkeit zur Strafe des Ungehorsams ihn dazu nöthigte. Ganz natürlich war es also, daß der Kläger gegen denjenigen, der an dem Aussenbleiben des Beklagten Schuld war, nur in so ferne klagen konnte, als er wirklich ein Interesse dabey hatte [12]). Daß man noch heutiges Tages auf das Interesse klagen könne, wenn mich ein Dritter aus Vorsatz und Gefährde abgehalten, vor Gericht zu erscheinen, und ich dadurch Schaden gelitten habe, ist wohl ausser Zweifel, da indessen nach dem neuern römischen und heutigen Rechte schon durch die gerichtliche Citation eine jede Verjährung unterbrochen wird, (§. 236. a. S. 394.) so wird die Klage freylich selten vorkommen [13]).

12) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. seu Exercitation. ad ius civile lib. II. cap. 9. in *Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. II. pag. 1430.

13) *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 4.

Lib.

Lib. II. Tit. XI.

Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit.

---

§. 252.

Eingeſchränkter Inhalt dieſes Titels in Abſicht auf die Geſetze der Pandecten. Begriff des Ungehorſams.

Wurde der Beklagte von Niemand gehindert, ſich vor Gericht zu ſtellen, und er erſchien, ſeiner geleiſteten Caution gemäß, dennoch nicht, da er doch erſcheinen konnte und ſollte, ſo hieß dieſes bei den Alten *vadimonium deſerere* [14]). Allein Tribonian braucht hier dieſen Ausdruck nicht. Die Urſache iſt, weil die cautio de iudicio ſiſti zu ſeinen Zeiten nicht bloß durch Bürgen (datis vadibus) ſondern auch durch Eid, oder bloßes Verſprechen geleiſtet wurde. Daher ſchien ihm jener Ausdruck nicht mehr paſſend zu ſeyn, ſondern er ſagt ſtatt deſſelben *cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperare*, oder: *promiſſionem deſerere iudicio ſiſtendi cauſa factam* [15]). Die Folge dieſes Ungehorſams war, daß der Kläger nicht nur actione ex ſtipulatu gegen den Beklagten oder deſſelben Bürgen auf

14) CICERO *in Catilin. II. cap. 4.* SENECA *de Benefic.* lib. IV. cap. 39. Man vergleiche vorzüglich *Ant. Henr. van* HEES Diſſ. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante Lit. conteſt. fiebant. Cap. IV. §. 48. et 49. und *Bav.* VOORDA Diſſ. de vadimonio Cap. IV. per tot.

15) *L. 4. §. 4. D. h. t. L. ult. D. Qui ſatisd. cog.* Daß dieſe Stellen interpolirt ſind, bemerkt auch VOORDA in der angef. Diſſertat. Cap. I. §. 4.

die versprochene Geldstrafe, welche jedoch die gesetzmäßige Summe nicht übersteigen durfte [16]), oder wenn eine solche Strafe nicht war versprochen worden, auf das Interesse klagen konnte [17]), bey dessen Bestimmung lediglich auf die Zeit zu sehen war, da der Beklagte sich hätte stellen sollen [18]); sondern der Kläger konnte auch, wenn der Beklagte sich ver-

16) *L. 4. §. ult. D. Si quis caut.* Worin diese gesetzmäßige Quantität der stipulirten Geldstrafe bestanden, bestimmt das angeführte Gesetz nicht. CUJACIUS Observat. lib. X. cap. 10. NOODT in Commentar. ad h. Tit. §. 1. und SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 2. glauben, daß sie bis auf das Duplum erlaubt gewesen sey. Allein ohne Beweis. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad h. Tit. meint zwar, diesen Mangel durch die Bestimmung der *L. un. Cod. de Sentent. quae pro eo, quod interest,* ergänzen zu können. Allein wie läßt sich ein Fragment des Ulpian aus einer weit neuern Verordnung des Kaisers Justinian erklären? Die gesetzmäßige Quantität scheint vielmehr diejenige gewesen zu seyn, welche dem Interesse des Klägers gemäß war, sie mochte das duplum, triplum oder quadruplum enthalten, si tanti res esset. Dieß erhellet aus der *L. 2. §. 5. L. 3. D. qui satisdare cog.* und der *L. ult. D. si quis in ius voc. non ierit.* Man vergleiche *van* HEES cit. Diss. §. 48. und VOORDA in der angef. Dissert. Cap. IV. §. 3.

17) *L. 2. §. ult. D. qui satisd. cog.*

18) *L. 12. §. 1. D. h. t.* Wenn Paulus sagt: Illud tenendum est, quod *aestimationem* eius, quod intersit agentis, ad illud tempus *referendum est*, quo sisti debuit etc. statt aestimatio referenda est, so ist dieß ein Graecismus, der nicht nur bey den Röm. Rechtsgelehrten, sondern auch bey den Classikern sehr gewöhnlich ist, wie *Val. Guil.* FORSTER Observation. succisivar. lib. I. cap. 1. in *Thes. iuris Rom. Ottonian.* T. II. p. 905. aus vielen Beyspielen erwiesen hat. Man sehe auch VOORDA dict. Diss. Cap. IV. §. 3. in FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua* T. II. p. 47.

versteckt hielt, und Niemand ihn vor Gericht vertheidigte, die Immission in den Besitz seiner Güter erhalten [19]). Ob der Gläubiger gerade erst nach dreyßig Tagen um diese Immission habe ansuchen dürfen, wie Noodt [20]) behaupten will, ist unerweißlich. Es läßt sich vielmehr aus einer Stelle des Cicero [21]) mit größerer Wahrscheinlichkeit schließen, daß der Kläger, wenn er wollte, gleich post desertum a reo vadimonium die gedachte Mission habe erlangen können [22]). Hieraus erhellet, daß in den Gesetzen dieses Titels bloß von dem Ungehorsam des Beklagten vor der Litiscontestation die Rede ist. Denn wenn ein streitender Theil, es sey der Kläger oder der Beklagte, nach der Litiscontestation ungehorsam sich bezeigte, und den Rechtsstreit ganz liegen ließ, so hieß dieses *Eremodicium contrahere* [23]), und eine solche contumacia wurde, wie Hermogenian [24]) sagt, *litis damno* bestraft. Es ist dieß jedoch nicht gerade von dem Verlust des ganzen Processes zu verstehen. Denn wenn auch der Beklagte auf wiederholte Vorladung nicht erschien, so hatte der Proceß, dessen ohngeachtet, seinen Fortgang, und

19) *L. 2. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Dieses Fragment ist mit der oben angeführten *L. 2. D. qui satisd. cog.* aus einem Buch des Ulpians *libro 5. ad Edictum* genommen.

20) in Commentar. ad Dig. h. t.

21) Orat. *pro P. Quintio* cap. 6.

22) *van* HEES cit. Diss. §. 48.

23) *L. 7. §. ult. D. de minorib. L. 13. D. iudicat. solvi. L. 13. §. 3. et 4. C. de iudic. Nov. LXIX. c. 3. iunct. L. 31. §. 2. D. de negot. gest. L. 54. §. 1. D. de re iudic. L. 11. D. iudic. solv.* S. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris epitomar. Libros VI. Tom. I. pag. 240. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 9.

24) *L. 53. pr. D. de re iudicat.*

und fand der Richter bey Untersuchung der Sache, daß der Kläger kein gegründetes Recht hatte, so mußte dennoch für den abwesenden Beklagten gesprochen werden [25]). Es ist also vielmehr unter dem *damno litis* ein Ersatz der Kosten des Processes zu verstehen, welche in einem solchen Falle der Ungehorsame, wenn er auch gleich obgesiegt hatte, dennoch billig tragen muste, wie Joseph Finestres [26]) sehr gründlich erwiesen hat [27]). Von einem solchen Ungehorsam, den eine Parthey nach der Litiscontestation begeht, wird also an ganz andern Orten der Pandecten, nämlich in den Titeln de iudiciis (*lib. V. Tit.* 1.) und de re iudicata (*Lib. XLII. Tit.* 1.) gehandelt. Unser Autor hat indessen die Materie von dem Ungehorsam der Partheyen im Proceß hier in ihrem ganzen Umfange abzuhandeln für gut befunden, und dabey hauptsächlich auf das heutige Recht Rücksicht genommen. Ungehorsam [28]) (contumacia) heißt im Pro-

25) *L. 73. D. de iudiciis.*

26) in Hermogenian. ad L. 53. D. de re iudicat. Tom. I. pag. 320. et sqq.

27) Hiermit stimmt auch WESTENBERG in Digest. h. t. §. 9. überein.

28) Vergl. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Tr. de processu unilaterali cumprimis contumaciali. *Tubing. 1748.* *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de contumacia non respondentis. *Halae 1717.* *Io. Aug.* REUSS de contumacia ad praxin Senatus imperialis aulici. *Stuttgardiae* 1782. Schmelzers Contumazial-Proceß der höchsten Reichsgerichte. Göttingen 1792. 8. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 1. Band Nr. XXI. (der zweyten Auflage Erlangen 1804. S. 437. ff.) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses 2. Th. 2. Hauptst. S. 700. ff. der gönnerschen Ausgabe. Grolmanns

Proceß jede Nichtbeobachtung dessen, was in Rücksicht eines Rechtsstreits, einer richterlichen oder gesetzlichen Verfügung zu Folge, in bestimmter Zeit und Form hätte geschehen oder unterbleiben sollen. Nach diesem Begriff macht sich also

1) jede Haupt- oder Neben-Person, welcher bey einem Prozeß eine Handlung, sie sey eine commissiv- oder omissiv-Handlung, obliegt, eines Ungehorsams schuldig, wenn sie diese Verpflichtung entweder gar nicht, oder doch nicht gehörig erfüllt [29]) Ein Ungehorsam wird daher nicht bloß von den streitenden Partheyen begangen, sondern auch von einem Zeugen, oder von einem Dritten, dem die Edition einer Urkunde obliegt.

2) Sie setzt jedoch voraus, daß dem Ungehorsamen eine rechtmäßige Auflage geschehen sey, es sey nun unmittelbar vom Gesetz, oder durch richterlichen Befehl geschehen.

3) Es muß, zur Befolgung derselben, eine Zeit bestimmt, und diese gänzlich verstrichen seyn. Eine solche Zeitbestimmung ist bey den gerichtlichen Verhandlungen im Prozeß unumgänglich nöthig, um Ewigkeit der Prozesse zu verhüten.

4) Die Nichtbefolgung muß sich entweder aus einem Verzicht in Absicht auf die unterlassene Handlung erklären lassen, oder Zurechnung zur Schuld, es sey nun Dolus, oder Culpa, zum Grunde haben [30]).

Wenn

manns Theorie des gerichlichen Verfahrens §. 130. *Christph. Reinh. Theod.* MARTIN Prolus. de indole contumaciae in caussis civilibus contentiosis. *Goettingae* 1802. und Desselben Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 125. ff.

29) *L. 53. §. 3. D. de re iudicata.*

30) MEVIUS P. VIII. decis. 289. Pütter in den Rechtsfällen I. Band. 4. Th. Resp. CLXXIV. n. 23. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 741.

Wenn Hermogenian [31]) sagt: *contumax* est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litterisve vocatus, praesentiam sui facere contemnit; so bezieht sich dieser Begriff, wie schon oben bemerkt worden, auf den Ungehorsam, welchen der Beklagte nach der Litiscontestation beging. In solchem Falle mußte demselben, wenn er auf wiederholte Vorladung nicht erschien, schriftlich angedeutet werden, daß bey fernerem Aussenbleiben, Untersuchung und Erkenntniß über die Klage seiner Abwesenheit ohnerachtet erfolgen werde. Ein solcher obrigkeitlicher Befehl hieß *Edictum peremtorium*, und hat, wie Ulpian [32]) bemerkt, seinen Namen daher erhalten, quod perimeret disceptationem; hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari. Wie vielmal der Beklagte vorgeladen werden müsse, ehe der Kläger ein edictum peremtorium auswirken konnte, hieng zwar, wie ebenfalls Ulpian [33]) bezeugt, von dem Ermessen des Magistrats ab, gewöhnlich aber war die dritte Ladung peremtorisch, hatte jedoch der Prätor gleich der ersten Ladung die Clausel eines peremtorischen Edicts beygefügt, so nennte man ein solches *unum pro tribus*, oder, wie Ulpian [34]) sagt, *unum pro omnibus* [35]). Da endlich nach der formularischen Proceßart der Römer bey den gerichtlichen Verhandlungen die Gegenwart der Partheyen in der Regel erfor-

31) *L. 53. §. 1. D. de re iudic.*

32) *L. 70. D. de iudiciis.*

33) *L. 72. D. de iudiciis.* Man vergleiche was oben §. 235. Not. 84. S. 389. davon vorgekommen ist.

34) *Leg. cit.*

35) S. FINESTRES in Hermogenian. ad §. 1. L. 53. D. de re iudicat. pag. 331—334.

forderlich war, und zu dem Ende jede Parthey vom Präco in der Ordnung aufgerufen wurde [36]); so erklärt sich daraus, warum Hermogenian in seinem Begriff vom Ungehorsam bloß des Nichterscheinens gedacht hat. Es ist demnach dieser Begriff dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht mehr angemessen [37]).

§. 253.

Eintheilungen des Gehorsams.

Man theilt den Ungehorsam der Partheyen

I) in den wahren und eigentlichen (*contumacia proprie sic dicta*) und in den uneigentlichen (*contumacia impropria*) ein. Jener besteht in einer imputabeln Nichtbefolgung solcher Verfügungen, welche eine unbedingte Verbindlichkeit zur Folgeleistung erfordern, sie haben nun entweder einer Parthey selbst, wie z. B. bey rechtskräftigen Erkenntnissen, oder einem Dritten, wie bey Zeugenaussagen, obgelegen. Dieser hingegen in einer bloßen Unterlassung einer solchen Handlung, bey welcher, ohne jene unbedingte Verbindlichkeit, blos eine Verzichtleistung auf das Recht oder die Vortheile angenommen wird, welche durch die Beobachtung der auferlegten oder nachgelassenen Verhandlung möglicher Weise erlangt werden konnten.

II) In den wahren (*contumacia vera*) und den vermutheten (*contumacia praesumta*). Wenn nämlich gewiß

36) *L. 7. D. de restitut. in integr.* PLAUTUS in *Curcul.* Act. I. Sc. III. v. 5. seqq. HOTOMANNUS ad Ciceron. in Verrem lib. II. cap. 17. VOORDA Diss. de vadimonio Cap. IV. §. 1.

37) S. *Iac. Gottl.* SIEBER in Comment. de contumaciae ante Lit. Contest. in causis civil. a reo commissae effectibus. *Goett.* 1757. 4. §. 1. pag. 3.

wiß und erwiesen ist, daß dasjenige, wozu der Ungehorsame binnen einer bestimmten Zeit in Rücksicht eines Rechtsstreits wirklich verpflichtet war, absichtlich oder aus einer imputablen Nachläßigkeit unterlassen worden sey, so ist dieses ein wahrer Ungehorsam; wird hingegen aus der Unterlassung einer Obliegenheit der Ungehorsam nach Vorschrift der Gesetze so lange vermuthet, bis überzeugende Beweise von dem Mangel aller Verschuldung beygebracht worden sind, so ist dieses ein vermutheter Ungehorsam. Den Gesetzen ist diese Eintheilung nicht unbekannt. Sie nennen die contumacia praesumta eine *quasi contumacia*, und sagen verschiedentlich, daß jemand als *quasi contumax* verurtheilt werden könne [38]). Der wahre Ungehorsam ist wieder entweder ein vorsetzlicher oder nur ein verschuldeter Ungehorsam, je nachdem derselbe entweder offenbare Bosheit, oder eine bloße Nachläßigkeit zum Grunde hat. Wenn z. B. der Vorgeladene geradezu erklärt, daß er den richterlichen Befehl nicht befolgen wolle, so ist dieses ein böslicher, ein vorsätzlicher Ungehorsam [39]). Ist der Ungehorsam einer Parthey ein nicht vorsätzlicher, nur verschuldeter Ungehorsam, so entstehet die Frage, ob es dabey auf den Grad der Nachläßigkeit ankomme? Verschiedene Rechtsgelehrten [40]) wollen

38) *L. 8. D. de minorib. XXV. ann.* PAULUS *Recept. Sentent.* lib. VI. Tit. 5. §. 7.

39) *L. 199. D. de Reg. iur.* LUDOLF Symphor. decis. et consultat. T. II. Nr. XIX. p. 919. B. Danz Grds. §. 469. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4413.

40) PUFFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 31. §. 1. *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de purgatione contumaciae in processu. (*Halae* 1733.) Cap. I. §. 4. et 6.

len dieſes behaupten; ſie meinen, daß, auſſer dem böſen Vorſatz, nur einer groben Nachläßigkeit wegen die Strafe des Ungehorſams ſtatt finden könne, weil nur eine lata culpa dem dolus gleich zu achten ſey [41]). Allein beſſer ſtimmt die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [42]) mit der Analogie des Rechts überein, welche behaupten, daß ſolche Strafen des Ungehorſams, welche der Gegentheil um ſeines Interesse willen gegen den Ungehorſamen gerichtlich zu verfolgen berechtiget iſt, auch wegen einer geringen Nachläßigkeit erkannt werden können. Denn wer durch eigene Schuld Schaden leidet, iſt nicht zu bedauern, und findet von Seiten der Geſetze keine Hülfe [43]). Eine Ausnahme findet jedoch ſtatt, wenn der Ungehorſame noch minderjährig ſeyn ſollte; denn dieſem kommt die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, zwar nicht gegen einen bößlichen [44]), aber doch gegen einen verſchuldeten Ungehorſam zu ſtatten [45]). Dieſem iſt nicht entgegen, wenn Javolen [46]) *libro ſexto Epiſtolarum* ſchreibt: Non poteſt dolo carere, qui imperio magiſtratus non paruit. Denn daß dieſer Ausſpruch nicht von einem jeden Ungehorſam, ſondern nur von

41) *L. 226. D. de Verb. Signific. L. 1. §. 1. D. Si menſ. falſ. mod. dixer. L. 29. pr. D. mandati. L. 1. §. 1. D. Si quis teſtam. liber eſſe iuſſus fuerit.*

42) SIEBERI Commentat. cit. de contumaciae ante L. C. a reo commiſſae effectibus. §. 3.

43) *L. 203. D. de Reg. Iur.*

44) *L. 9. §. 2. D. de minoribus.*

45) *L. 8. D. eodem.* Ueber dieſe Stelle verdient FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. pag. 239. ſqq. nachgeleſen zu werden.

46) *L. 199. D. de reg. iuris.*

von einem jeden Ungehorsam, sondern nur von einem solchen zu verstehen sey, der gegen obrigkeitliche Verfügungen, welche bey den Römern vi imperii geschahen, ist begangen worden, z. B. wenn jemand denjenigen, welcher ex decreto Praetoris die Immission erhalten, nicht in den Besitz der Sache lassen wollte, oder wenn der Beklagte sich der Execution widersetzte, haben schon Gothofredus [47]), Pacius [48]) und Julius van Beyma [49]) bemerkt. Uebrigens besteht der Unterschied zwischen einem wahren und vermutheten Ungehorsam vorzüglich darin, daß letzterer sich durch rechtmäßige Entschuldigungen aus dem Wege räumen läßt, auch, wenn etwas widriges deshalb erkannt worden ist, Suspensiv-Mittel statt finden [50]), welche hingegen bey einem wahren Ungehorsam wegfallen [51]). Es versteht sich indessen, daß

47) in Commentar. in tit. Pandectar. de diversis regulis iuris antiqui ad dict. L. 199. pag. 154.

48) Ἐναντιοφανῶν seu Legum conciliatar. Centur. II. Quaest. 93.

49) in Commentar. in Tit. D. de Verbor. Significat. et de divers. reg. iuris antiqui ad dict. L. 199. pag. 401.

50) MEVIUS in Decision. T. I. P. V. Decis. 179. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. IX. Hauptst. §. 295.

51) *L. 73. §. ult. L. 75. D. de iudiciis. L. 23. §. 3. D. de appellat. L. 1. Cod. quorum appellat. non recip. L. 13. §. 4. Cod. de iudiciis.* Hieraus ist auch *L. 31. §. 2. D. de negot. gest.* zu erklären, in welcher ein Defensor entschuldiget wird, daß er gegen die Sentenz, welche wider den ungehorsamlich ausgebliebenen Beklagten ergangen, kein Rechtsmittel eingewandt; gewiß aus keinem andern Grunde, als weil ein wahrer Ungehorsam das Rechtsmittel der Appellation ausschließt, mithin durch Unterlassung derselben vom Defensor wirklich nichts war versehen worden. Man sehe *Ios.* FINESTRES

daß wider den Ungehorsamen ordnungsmäßig müsse verfahren und erkannt worden seyn. Denn wegen gegründeter Beschwerden über das Verfahren des Richters kann auch dem Ungehorsamen die Appellation nicht abgeschlagen werden [52]). Nächstdem aber darf auch die Strafe des Ungehorsams nie weiter, als auf diejenige Handlung erstreckt werden, welche der Ungehorsame, der ihm geschehenen richterlichen Auflage gemäß, zu verrichten unterlassen hat. In andern Theilen des Prozesses und gerichtlichen Verhandlungen, bey welchen kein Ungehorsam begangen worden ist, stehet daher dem Ungehorsamen allerdings das Rechtsmittel der Appellation zu [53]).

RES in Hermogen. Tom. I. ad L. 53. pr. D. de re iudic. §. 19. pag. 330. *Casp. Henr.* HORN Diss. de contumace non appellante. MEVIUS P. V. Decis. 224. not. 8. WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 374. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 81. n. 8. CANNGIESER Decis. Hass. Cassel. T. I. Decis. XXXV. n. 5.

52) MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 427. welcher sagt: *Ita quidem est, quod contumax non appellat, aut appellans non auditur, at ita, si etiam contra contumaciam iustus observatur processus, eoque mediante condemnatur. In quo excessus aut defectus appellationi locum facit.*

53) SIEBER cit. Commentat. de contumaciae ante L. C. a reo comm. effectib. §. 24. Ibi: *Observandum tamen est, hanc contumaciae poenam ad eum tantum actum, quem reus omisit, cuiusque causa contumax est, pertinere; adeoque, si spectes reliquas processus partes, omnino eius appellationem audiendam esse, propterea quod in iis nullam commisit contumaciam.*

§. 254.

Wenn eher tritt der Ungehorsam einer Parthey ein? Was ist die Folge dieses Ungehorsams?

Bey der Frage, wenn ehe der Ungehorsam eintrete? kommt es zuvörderst auf die Zeit, oder den Termin an, welcher dem Ungehorsamen zur Besorgung der ihm auferlegten, aber von ihm unterlassenen gerichtlichen Handlung gesetzt war. Diese Zeit kann entweder ein bestimmter Tag seyn, an welchem, und sonst an keinem andern, der Auflage ein Genüge geleistet werden sollte, welches man eine Tagesfahrt, oder Termin im eigentlichen Verstande nennt, oder ein bestimmter Zeitraum, binnen welchen die auferlegte gerichtliche Handlung zu bewirken gewesen, welches man eine Frist oder Dilation in strenger Bedeutung nennt. Im erstern Falle tritt der Ungehorsam ein, sobald diejenige Zeit verstrichen ist, welche zu der Sitzung des Gerichts bestimmt ist[54]). Im andern Falle hingegen tritt der Ungehorsam alsdann erst ein, wenn die bestimmte Frist gänzlich verlaufen ist, ohne daß die auferlegte rechtliche Nothdurft verhandelt, noch um Verlängerung der Frist nachgesuchet worden. Wenn aber die Frage entsteht, ob und in wiefern die Folge des Ungehorsams ipso iure eintritt, oder eine Ungehorsamsbeschuldigung erfordert wird, so ist ein Unterschied zu machen, ob die nicht befolgte Auflage unmittelbar vom Gesetz oder vom Richter geschehen war. Im ersten Falle tritt die Folge des Ungehorsams von selbst ein, ohne daß es einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf. In dem andern Falle hingegen war die Aufforderung entweder

54) *Cap. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.* Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2 Th. §. 127.

weder bloß monitorisch oder arctatorisch. Im ersten Fall wird die Unterlassung der Handlung, zu welcher der Nichterschienene war aufgefordert worden, als ein Verzicht auf sie erklärt, und eine Ungehorsamsbeschuldigung ist also hier ebenfalls nicht nöthig. In dem andern Falle hingegen war die versäumte Frist entweder eine Nothfrist, welche die Präclusion zur unausbleiblichen Folge hat, oder nicht. Im ersten Falle ist mit Ablauf der Nothfrist auch das Recht, die unterlassene gerichtliche Handlung weiter vorzunehmen dergestalt verlohren, daß es dieserwegen nicht einmal einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf. Man denke z. B. an die Verabsäumung der Beweisfrist, ferner der zur Rechtfertigung der Appellation vorgeschriebenen Frist. Solche Nothfristen werden F a t a l i e n genennt, von welchen ich im folgenden Titel ad §. 256. handeln werde. Im andern Falle hingegen muß der Ungehorsam von dem Gegentheil angeklagt werden, wenn die gedrohete Strafe desselben statt finden soll.

§. 255.

Strafen des Ungehorsams.

Fragt man nun, worin die rechtlichen Folgen des Ungehorsams, welche man nicht durchgehends adäquat S t r a f e n zu nennen pflegt, bestehen, so lassen sich solche nicht ohne Unterschied aus der Idee eines Verzichts herleiten, da nicht nur jeder Kläger nach den Gesetzen [55]) verbunden ist, den angefangenen Rechtsstreit fortzusetzen; sondern auch dem Be-

55) *Nov. CXII. cap. 3.* Es ergiebt sich dieses noch mehr theils aus der dem Kläger obliegenden cautio de lite prosequenda, theils aus der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrungsweise gegen denselben im Falle des Ungehorsams.

Beklagten, wenn er sich einmal dem Kläger entgegenstellt, eine gleiche Verbindlichkeit obliegt [56]). Die nachtheiligen Folgen des Ungehorsams können vielmehr einen dreyfachen Grund haben; entweder 1) den, weil mit der Unterlassung der auferlegten gerichtlichen Handlung eine Verachtung des richterlichen Ansehens oder der gesetzlichen Verfügung verbunden ist, oder wenigstens dafür angenommen werden muß; oder 2) weil die Unterlassung der Handlung als ein Verzicht auf sie erklärt wird; oder 3) weil durch die Unterlassung dem Gegner, welcher vergeblich vor Gericht erschienen ist, unnöthige Kosten verursacht worden sind. Hiernach können nun also die nachtheiligen Folgen des Ungehorsams entweder 1) in einer öffentlichen Geld- oder Gefängnißstrafe bestehen, welche der Richter gegen den Ungehorsamen von Amtswegen verhängen kann. Dies ist der Fall a) bey einem vorsetzlichen Ungehorsam [57]); b) wenn sonst die Gesetze in einem gewissen Falle eine öffentliche Strafe ausdrücklich verordnet haben [58]). Die Folge des Ungehorsams kann 2) in der Aus-

56) Nur unter dieser Voraussetzung kann die Verordnung des Jüngsten Reichsabschiedes §. 36. gedacht werden; es sind auch die gegen den Beklagten im Falle des Ungehorsams anzuwendenden Zwangsmittel mit der Idee eines Verzichts durchaus unvereinbar.

57) *Cap. 28. pr. X. de offic. et potest. iud. deleg.* Claproth in der angef. Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 128. S. 95.

58) Z. B. wenn der Beklagte nur gemeine verzögerliche Einreden vorgeschützt hat, ohne sich zugleich auf die Klage eventualiter einzulassen, und überdem die vorgebrachten Einreden unerheblich befunden werden; Jüngst. Reichsabsch. §. 37. 40.

Ausschließung von der unterlassenen Handlung bestehen. Diese Folge kann eintreten, die nicht befolgte Auflage mag entweder bloß monitorisch oder arctatorisch gewesen seyn. Denn der Unterschied betrifft blos die Art der unterlassenen gerichtlichen Handlung. Die Folgen aber sind die nämlichen. Endlich 3) kann auch die Folge des Ungehorsams in der Erstattung der dem Gegentheile durch den Ungehorsam verursachten vergeblichen Kosten bestehen. Diese letzte Folge nennt man die allgemeine, die zweyte aber die besondere Strafe des Ungehorsams. Die allgemeine Strafe des Ungehorsams findet wegen eines jeden Ungehorsams statt, es mag von einem wahren oder vermutheten, von einem vorsetzlichen oder verschuldeten Ungehorsam die Rede seyn [59]). Sie setzt jedoch voraus, daß Kosten verursacht worden sind. Daher fällt sie bey einer bloß monitorischen Citation weg, weil durch Vernachläßigung derselben das Rechtsverfahren in seinem Laufe nicht gestört, sondern die Handlung, bey welcher der Aufgeforderte nicht erschienen ist, seines Aussenbleibens ungeachtet vorgenommen werden konnte. Die besondere Strafe des Ungehorsams tritt hingegen ein, 1) wenn einer peremtorischen Ladung keine Folge geschehen ist; 2) sie kann auch bey einer monitorischen Citation eintreten, weil auch hier der Vortheil verlohren gehet, welcher dem Versäumenden aus der unterlassenen Handlung möglicher Weise hätte erwachsen können. 3) Sie kann zuweilen ohne vorhergegangene Citation eintreten, wenn das Gesetz unmittelbar dem Versäumenden die Handlung auflegte.

Ich bemerke hierbey noch Folgendes: 1) die Strafen des Ungehorsams sind, wie alle Strafgesetze, strenge nach den

59) *Cap. 2. 5. 6. X. de dolo et contum. Cap. 1. eod. in 6to.*

den Worten zu nehmen, und dürfen daher nie gegen die Vorschrift der Gesetze ausgedehnt werden[60]). 2) Sie können nur alsdann erkannt werden, wenn die Partheyen selbst ungehorsam sind. Denn betrifft die Sache Minderjährige, und überhaupt solche Personen, die ihre Geschäfte durch andere besorgen lassen müssen; so darf nach gemeinem Rechte in solchen Sachen nichts, was einen Nachtheil in der Hauptsache bewirken könnte, zur Strafe des Ungehorsams erkannt werden, sondern die Vormünder sind in die dem Gegentheil verursachte Kosten zu verurtheilen, und demnächst durch Gefängniß oder Geldstrafen, die sie aus eigenen Mitteln zu entrichten schuldig sind, zu der Befolgung der richterlichen Befehle anzuhalten[61]). 3) Auch der Ungehorsam eines Anwalts, der ohne Theilnahme des Principals begangen worden, kann der Parthey den Rechten nach nicht zur Strafe zugerechnet werden[62]). Es kann wenigstens dem Principal, wenn er ja nach der Strenge des Rechts einen Verlust erlitten hätte, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex clausula Praetoris generali mit Grunde nicht versagt werden[63]). Es ist auch der Principal seinem

60) *L. 1. L. 4. Cod. comminat. epistol. etc. auctoritat. rei iudic. non obtinere.* Claproth in der angef. Einleitung 2. Th. §. 128. S. 95.

61) *L. un. §. 2. D. Si quis ius dic. non obtemper. L. 13. §. 11. Cod. de iudic. L. 16. §. 1. et 2. Cod. de fide instrum.* Deputat. Absch. vom J. 1600. §. 95. Claproth a. a. O. S. 95. Gönners Handbuch 1. B. Nr. XXI. §. 15.

62) *L. 10. C. de Procurat.* Gönner a. a. O. S. 456. *Ita demum nocet contumacia procuratoris domino, si ipsemet scivit et neglexit*, sagt MEVIUS P. V. Decis. 179. not. 9.

63) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXI. nr. 9. sqq.

seinem Anwalt wegen der durch seinen Ungehorsam sich zugezogenen Kosten zu keinem Ersatz verbunden [64]). 4) Ob der Erbe die aus seines Erblassers Ungehorsam herrührende Kosten beym Processe zu bezahlen schuldig sey? ist eine Frage, die nicht auf einerley Art von den Rechtslehrern entschieden wird. Ein Theil spricht den Erben davon frey [65]), weil die Erstattung der Unkosten eine Strafe ist. Die Strafe aber ordentlicher Weise die Erben nicht treffen kann [66]). Dagegen wenden Andere ein, daß auch die Unkosten des Processes, welche der verlierende Theil tragen muß, unter die Strafen des verwegenen Litigirens gerechnet werden [67]). Soll nun von diesen der Erbe nicht befreyet seyn; warum von den Ungehorsamskosten? Noch andere Rechtsgelehrten unterscheiden, ob über den Ersatz der Contumacialkosten schon bey Lebzeiten des Ungehorsamen erkannt worden, oder nicht, sondern der Erblasser vor eröffneter Sentenz gestorben ist. Im erstern Falle sey der Erbe diese Kosten zu bezahlen verbunden, im letztern aber nicht [68]). Mich dünkt, es ließen sich diese verschiedenen Meinungen auf folgende Art wohl vereinigen, wenn man zwischen den Ungehorsamskosten eines versäumten Termins,

64) *L. 46. §. 5. D. de procurator.* Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 854. nr. I.

65) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. Tit. 103. §. 854. Not. 2.

66) *§. 1. I. de perpet. et temporal. action. L. un. §. fin. D. Si quis ius dic.*

67) *§. 2. I. de poen. temere litigant. L. 13. et 16. Cod. de iudic. Cap. 4. X. de poenis.*

68) *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXII. §. 3. Not. 4.

und den Ungehorsamskosten des Processes, welche der Ungehorsame, wenn er auch den Proceß gewinnt, zur Strafe tragen muß, einen Unterschied macht. Erstere ist der Erbe ohne allen Zweifel zu bezahlen schuldig, weil diese Unkosten keine eigentliche Strafe, sondern mehr ein Ersatz des Schadens und der vergeblichen Mühe sind, welche der verstorbene Ungehorsame verursachet hat. Daß aber der Erbe nach den Grundsätzen des canonischen Rechts verbunden sey, den von seinem Erblasser durch unerlaubte Handlungen verursachten Schaden aus der Erbschaft zu ersetzen, ist eine bekannte Rechtswahrheit [69]). So viel hingegen die Ungehorsamskosten des Processes anbetrifft, so sind solche nicht sowohl eine Ersetzung des Schadens, als vielmehr eine wahre Strafe. Da nun der Erbe Geldstrafen, welche der Erblasser seines Verbrechens wegen verwirkt hatte, in der Regel zu bezahlen nicht verbunden ist, wenn nicht etwa der Erblasser schon bey seinem Leben dazu verurtheilet worden [70]), so kommt es hier, wo von den Ungehorsamskosten des Processes die Rede ist, lediglich darauf an, ob der Ungehorsame noch vor eröffnetem richterlichen Urtheile gestorben, oder derselbe schon bey seinem Leben zum Ersatz dieser Kosten condemnirt worden; im erstern Falle kann der Erbe zu deren Bezahlung nicht angehalten werden; im letztern aber ist der Erbe solche, so weit die Verlassenschaft hierzu hinreicht, zu bezahlen allerdings verbunden [71]).

§. 256.

69) *Iust. Henn.* BOEHMER in iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. XVII. §. 137. *Tob. Iac.* REINHARTH select. Observat. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 11.

70) *de* WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 15.

71) Der ehemalige Erlangische Rechtslehrer Herr von Braun hat hiervon eine eigene Abhandlung unter dem Titel: Ob der Erbe

§. 256.

Strafe des Ungehorsams 1) des Klägers vor der Litiscontestation.

Wenn nun weiter gefragt wird, worin die besondern Strafen des Ungehorsams in jedem einzelnen Falle bestehen? so ist ein Unterschied zu machen, ob der Ungehorsam vor oder nach der Litiscontestation begangen worden ist. Im erstern Falle kommt es wieder darauf an, ob der Kläger oder ob der Beklagte ungehorsam ist [72]). Ist das erstere, so kann der Beklagte, wenn er zuvörderst den Ungehorsam des Klägers gehörig angeklagt hat, um eine Entbindung von der Instanz und den Ersatz der verursachten Kosten bitten [73]). Was diese Entbindung für Folgen habe, ist

Erbe wegen des Erblassers Ungehorsam die Kosten bezahlen müsse? geschrieben, welche sich in den Erlangischen gelehrten Anzeigen vom Jahr 1750. Nr. XXXXVIII. befindet. Ich habe ihm jedoch darin nicht beypflichten können, wenn er behauptet, daß es zur Verurtheilung des Erben in die Ungehorsamskosten des Processes genug sey, wenn nur mit dem verstorbenen Erblasser lis contestirt, obgleich noch nicht in der Sache erkannt worden. Denn da hier von keiner Pönalklage, sondern von einer bloßen Strafe des Ungehorsams beym Proceß die Rede ist, welche auf vorgängige Beschuldigung des Gegentheils vom Richter erkannt wird, so läßt sich hier keine weitere Litiscontestation gedenken, und folglich sind auch die Grundsätze, die von der Transmission der Pönalklagen auf die Erben gelten, hier nicht anwendbar.

72) S. Roßmanns Abhandl. von dem Ungehorsam der Klagenden, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen vom Jahr 1750. Nr. XXVII.

73) *L. 73. §. 2. D. de iudic. L. 27. §. 2. D. de liberali caus. cap. 1. de dolo et contumacia in 6to.* Man vergleiche *Christ. Ferd.*

ist schon oben (§. 237.) gezeigt worden. Da hierdurch nur der angefangene Proceß, und was bisher gerichtlich verhandelt worden, denn das heißt hier Instanz [74]), aufgehoben wird, so gehet durch eine solche Entbindung die Klage an sich nicht gleich verlohren. Allein beharret der Kläger in seinem Ungehorsam, so stehet dem Beklagten, dem an der Fortsetzung und Entscheidung der Sache gelegen ist, ein dreyfacher Weg offen; entweder er kann litem contestiren, und bitten, ihn zum Beweis seiner Einrede zuzulassen, und demnächst in der Hauptsache zu erkennen, in welchem Falle der Beklagte, wenn er auch den Proceß verlieren sollte, dennoch dem Kläger die Proceßkosten nicht erstatten darf [75]), oder er kann bitten, daß dem Kläger eine Frist zur Fortsetzung seiner Klage, bey Strafe des Verlusts derselben, anberaumt, oder demselben eine peremtorische Frist zur Führung des Beweises seiner Klage gesetzt werden möge [76]). Nach dem römischen Rechte konnte zwar der Beklagte erst nach Ablauf eines Jahres um dergleichen Verfügung bitten, nachdem der Kläger einer an ihn ergan-

Ferd. HARPPRECHT Commentat. de absolutione ab instantia in civilibus et criminalibus ex originibus deducta et praxi accommodata. *Tubingae* 1747. 4.

74) HARPPRECHT cit. Commentat. §. 3. sagt: INSTANTIAM *esse litis motae exercitium*, die Verhandlung eines angefangenen Rechtsstreites bey einem Gericht. Jedoch werde dieses Wort auch pro *foro*, seu *loco*, *ubi lis intenditur*, genommen. Daher die Redensart nicht unbekannt ist: Entbindung vom Gerichtsstande.

75) Roßmann in der angef. Abhandlung §. 5.

76) Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 472. und *Chr. Gottl.* BIENERI Syst. processus iudiciar. Tom. I. §. 91. et 92.

gangenen, dreymaligen Ladung keine Folge geleistet [77]). Allein diese Vorschrift wird heutiges Tages in den Gerichten nicht mehr befolgt, wie auch unser Verfasser richtig bemerkt hat [78]).

§. 257.

II) Strafe des Ungehorsams des Beklagten vor der Litiscontestation.

Ist hingegen der Beklagte vor der Litiscontestation ungehorsam, so wird deshalb heutiges Tages keine Immission in die Güter des Ungehorsamen weiter erkannt [79]). Denn diese ist, als Strafe des Ungehorsams, in den teutschen Reichsgesetzen [80]) aufgehoben [81]). Nach dem heutigen

77) *Nov. CXII. cap. 3.*

78) SCHAUMBURG in Comp. iuris Digestor. h. t. §. 10. Knorre in der Anleitung zum gerichtl. Proceß. Hauptst. 3. §. 3.

79) Von der bey den Römern wegen des Ungehorsams des Beklagten üblich gewesenen Immission aus dem erstern und andern Dekret und den Wirkungen derselben siehe Westphals Versuch einer systemat. Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 47.

80) In der Reichskammergerichtsordn. Th. III. Tit. 43. und dem R. Deput. Abschiede vom Jahr 1600. §. 95. war zwar die Einweisung in die Güter, als eine Strafe des Ungehorsams, gebilliget; allein durch den Jüngst. Reichsabsch. von 1654. §. 36. ist sie abgeschafft worden.

81) WERNHER in Observat. for. T. I. P. II. Obs. 439. behauptet zwar, daß bey den Reichsständischen Gerichten gegen den ungehorsamen Beklagten auch noch heutiges Tages mit der Immission ex primo et secundo decreto verfahren werden könne. Allein dieser Meinung stehet der angeführte Reichsabschied offenbar entgegen, wie auch schon Estor in den Anfangsgr. des

gen Rechte wird vielmehr der Beklagte, wenn er einer dilatorischen Ladung (§. 235.) keine Folge geleistet, blos mit Erstattung der Kosten des versäumten Termins bestraft; war hingegen die an ihn ergangene Ladung peremtorisch, so kann der Kläger bitten, daß der Beklagte mit der besondern Strafe des Ungehorsams, welche demselben nach der Beschaffenheit des Processes und der angestellten Klage war gedrohet worden, belegt werde. Um diese näher zu bestimmen, ist ein Unterschied zu machen, ob wider den Ungehorsamen executivisch oder im ordentlichen Processe geklagt worden. Im erstern Falle bestehet die Strafe des Ungehorsams darin, daß die beygebrachte Urkunde für richtig anerkannt, die Schuld also für eingeräumt angenommen wird, mithin Implorat zur Bezahlung derselben verurtheilt werden kann [82]). Im letztern Falle hingegen soll nach der Vorschrift der teutschen Reichsgesetze, auf vorhergehende Ungehorsamsanklage, die Einlassung für verneinend geschehen angenommen, und der Kläger zum Beweis seiner Klage zugelassen werden [83]). Die Folge hiervon ist, daß der Beklagte

des gemeinen und R. Processes Tit. 245. §. 2059. Not. 111. erinnert hat. In einigen Provinzen, z. B. im Mecklenburgischen, hat sich jedoch die Immission im Gebrauche erhalten. S. *Mich. Christoph.* SCHOMERI Diss. de vero iure et effectu immissionis ex secundo decreto, addictionis in solutum et adiudicationis Mecklenburgicae. *Lugd. Batavor.* Mehrere Beyspiele hat PUFENDORF in Processs. Brunsuic. Lüneb. II. III. 21. seqq.

82) Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe §. 170. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 36. Nr. VIII.

83) K. Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 43. §. 4. Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 52. §. 3. Jüngst.

klagte seine Einreden verliert, und zwar nicht nur die verzögerlichen, sondern auch die zerstörlichen, weil erstere bey Verlust derselben sogleich in dem ersten Termine, folglich noch vor der Einlassung vorgebracht, letztere aber derselben ebenfalls bey Strafe des Verlustes beygefügt werden müssen.

Jüngst. Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 36. BIENER System. processf. iudic. T. I. §. 94. Daß eben dieses auch dem Röm. Rechte gemäß sey, läßt sich wohl nicht behaupten. Unser Verfasser beruft sich zwar Not. c. auf die *L. 13. §. 3. C. de iudiciis.* Allein in dieser Gesetzstelle ist offenbar von dem Falle die Rede, si reus eremodicium contraxerit, d. i. wenn der Beklagte nach der Litiscontestation ungehorsamlich ausgeblieben. Denn *eremodicium contrahere* heißt, wie *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano Lib. II. ad h. L. 13. pag. 124. edit. *Gundlingian.* es ganz richtig erklärt, cum post obitum vadimonium, iudicium iam coeptum, hoc est, post litem contestatam, deserebatur. *L. 31. §. 2. D. de negot. gest. L. 7. §. ult. D. de minor. L. 11. et 13. D. iudicat. solvi.* Es stritte überdem ganz gegen die Natur der römischen Litiscontestation, solche für geschehen anzunehmen, und nun in der Hauptsache selbst zu verfahren, da dieselbe ehemals bey den Römern eine feyerliche Handlung war, welche mit gewissen Formeln und Anrufung der Zeugen geschehen mußte; WINCKLER Diss. de discrim. inter L. C. iure veteri ac hod. Sect. I. §. 7. und so lange lis noch nicht contestirt worden, die Sache noch nicht einmal ein eigentlicher Proceß genennet werden konnte. Vor der constitutio iudicii aber, welche erst durch die litis contestatio geschahe, *L. 1. C. de iudic. L. un. C. de lite contest.* war ein Richter nach der römischen Proceßordnung in der Hauptsache zu erkennen, nie im Stande, wie Justinian in der *Nov. LIII. cap. 4. §. 1.* selbst gesteht. Man vergleiche hier SIEBERI angef. Commentat. de contumaciae ante lit. contest. in caus. civilib. a reo commissae effectibus §. 6.

sen[84]). Da jedoch eine solche rechtlich fingirte Einlassung nicht mehr Wirkung, als eine wirklich geschehene, haben kann, auch das richterliche Erfüllungsamt, in sofern nämlich die Ergänzung dessen, warum die Partheyen entweder gar nicht, oder nicht besonders gebeten haben, nicht blos Befugniß, sondern Schuldigkeit des Richters ist, selbst durch den Ungehorsam der Partheyen nicht ausgeschlossen wird; so folgt hieraus, daß solche Einreden, welche entweder überhaupt noch nach der Einlassung auf die Klage zugelassen werden, oder welche der Richter von Amtswegen zu ergänzen verbunden ist, sie mögen verzögerliche oder zerstörliche seyn, dadurch, daß lis pro contestata erklärt, oder, wie es in der Kammergerichtsordnung heißt, der Krieg Rechtens für befestiget angenommen wird, keinesweges verlohren gehen[85]). Es bleiben daher dem Beklagten 1) diejenigen Einreden, welche erst nach der Litiscontestation erwachsen, 2) welche zu den privilegirten gehören, und, in sofern sie liquid

84) Jüngst. Reichsabsch. §. 37. SIEBER in der angef. Commentat. §. 18—22. ist zwar anderer Meinung, weil der angezogene §. des Jüngst. Reichsabsch. von einer wirklichen und ausdrücklichen Litiscontestation rede, von welcher sich kein Schluß auf eine erdichtete machen lasse, in dem vorhergehenden §. 36. aber von keinem Verluste der Einreden die Rede sey. Allein ahmt nicht jede Fiction der Wahrheit nach? warum sollte also der Schluß von der wahren Litiscontestation nicht auf die erdichtete gelten? Sodann verstehet sich ja der Verlust der Einreden von selbst, wenn lis pro contestata angenommen wird.

85) Vorzüglich ist hier zu empfehlen *Theodor. Io.* QUISTORPII Disquisit. pract. de effectu litis a iudice in contumaciam pro contestata habitae intuitu rei exceptionum. *Rostochii* 1746.

liquid sind, auch noch bey der Execution vorgeschützt werden können, z. E. die Einrede der Compensation; 3) welche zum Wesen eines Rechtsstreits gehören, und deren Uebergehung Nichtigkeit verursachen würde, z. B. Mangel der Legitimation zur Sache oder zum Processe; 4) diejenigen peremtorischen Einreden, die an sich in klarer Rechtsanordnung beruhen, und so beschaffen sind, daß durch sie das Klagerecht selbst, auch ohne Einrede (ipso iure), unstatthaft, oder für erloschen zu achten ist [86]).

In Ansehung des Beweises, auf welchen der Kläger in dem Falle, da die Einlassung für verneinend geschehen angenommen wird, zu erkennen bitten kann, ist übrigens noch

86) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 1. Band. Abh. X. §. 13. S. 251. Man streitet sich, ob auch die Einrede der Verjährung vom Richter ergänzt werden könne? Mehrere wollen dieses behaupten, als MEVIUS P. III. Decis. 351. not. 3. WERNHER T. I. P. IV. Obs. 169. Christ. Wilh. Wehrn im theoret. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 67. Not. 7. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse §. 36. Nr. VIII. besonders aber QUISTORP cit. Disquisit. §. XII. sqq. Dieser Meinung habe ich selbst ehedem beygepflichtet. Allein da eine Klage durch die Verjährung nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis aufgehoben wird, auch dem Kläger die Replik, daß die Verjährung unterbrochen worden sey, nicht entzogen werden darf, überdem durch die Extinctivverjährung die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben wird; so glaube ich nun mehr Grund zu haben, der verneinenden Meinung beyzutreten, welche HOMMEL in Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 277. RENNER in Meditat. ad *Schaumburgii* Principia prax. iudic. pag. 233. und Gönner a. a. O. S. 253. vertheidigen.

noch darauf zu sehen, ob nach der Beschaffenheit der Klage dem Kläger der Beweis obliegt, oder ob er wegen einer für ihn streitenden rechtlichen Vermuthung davon befreyet ist. Im erstern Falle kann der Kläger bitten, ihn zum Beweise seiner Klage zuzulassen. Allein dieses Gesuch würde sehr unschicklich in dem andern Falle seyn, da der Kläger den Beweis zu führen nicht verbunden ist. In diesem Falle muß er also vielmehr bitten, daß dem Beklagten der Beweis seines vermeintlich habenden Rechts, z. E. der sich angemaßten Servitut, bey Strafe des Verlustes, auferlegt werden möge [87]). Tritt der Kläger den Beweis an, so muß der Richter darauf sehen, wie der Kläger seine Intention begründet und behauptet habe. Denn hat er nichts bewiesen, so muß dennoch für den Beklagten gesprochen werden [88]), weil wegen des bloßen Ungehorsams Niemand seiner Sache verlustig erkannt werden kann [89]). Es darf auch dem Beklagten der eigentlich sogenannte Gegenbeweis, als

87) Roßmann in der angef. Abhandl. von dem Ungehorsam der Klagenden §. 13. macht zwischen bejahenden und verneinenden Klagen einen Unterschied, und meint, daß der Kläger in Ansehung der letztern den ungehorsamen Beklagten, bey Verlust seines vermeintlich habenden Rechts, citiren lassen müsse. Allein die Benennungen der bejahenden und verneinenden Klagen sind viel zu schwankend. Vermuthlich gab ihm die actio negatoria, welche bekanntermassen in der Verneinung der Dienstbarkeit, und der Behauptung der natürlichen Freyheit eines Grundstücks ihren Grund hat, zu dieser Distinction Veranlassung.

88) MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 337.

89) S. *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. selectior. for. ad *Mevii* opus Decision. Observ. 24.

als ein nothwendiges Vertheidigungsmittel, nicht versagt werden [90]). Denn es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Ungehorsamen dieses Vertheidigungsmittel entzieht, und daraus, daß die Klage für abgeläugnet angenommen wird, läßt sich ein Verlust desselben eben so wenig folgern [91]). Es mag indessen die endliche Entscheidung des Prozesses für oder wider den Beklagten ausfallen, so muß er, zur Strafe des Ungehorsams, die Kosten des Prozesses tragen [92]). Noch bemerkt unser Verfasser, daß nach sächsischem Rechte die Klage für eingestanden angenommen, und der ungehorsame Beklagte verurtheilt werde, wenn er sub poena confessi et convicti zur Einlassung war vorgeladen worden. Diese Strafe ist nicht aus den römischen oder canonischen Rechten, sondern aus teutschen Gewohnheiten und Gesetzen herzuleiten [93]). Sie ist an mehreren Orten gesetzlich eingeführt [94]), und Leyser [95]) hält sie für das beste und schicklichste Mittel, den Ungehorsam des Beklagten

90) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 458. Not. a. S. 607.

91) SIEBER cit. Commentat. de contumaciae ante L. C. a reo commissae effectibus §. 23.

92) Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 52. §. 3.

93) Sachsenspiegel B. III. Art. 5. und 39. B. I. Art. 41. B. II. Art. 2. HEINECCIUS in Elem. iuris germ. T. II. Lib. III. Tit. 3. §. 122. SIEBER cit. Commentat. §. 7.

94) Z. B. in Hamburg, Lübeck, Bremen, Böhmen, Mähren. S. SIEBER cit. loc. pag. 17. Auch nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 8. Tit. §. 10.

95) in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXIII. medit. 7.

ten zu bestrafen. Allein da die in den Reichsgesetzen bestimmte Strafe des Ungehorsams der Analogie des gemeinen Rechts weit angemessener ist, indem dem Kläger, der immer weniger Begünstigung verdient, als der Beklagte, nur das auferlegt wird, wozu er ohnedem verbunden ist, und sich schon vor Anstellung der Klage angeschickt haben muß [96]), überdem jedem Richter die Pflicht obliegt, genau nach den Gesetzen, deren Diener er ist, zu verfahren, so kann ich mich nicht überzeugen, daß ein Richter die Macht haben sollte, statt der in den Reichsgesetzen vorgeschriebenen Strafe des Ungehorsams auf die derselben entgegengesetzte poenam confessi et convicti nach Gefallen zu erkennen, in sofern nicht etwa die Geringfügigkeit der Sache eine Ausnahme erfordert [97]).

§. 258.

Strafen des Ungehorsams der Partheyen nach der Litiscontestation.

Aeußert sich der Ungehorsam der Partheyen erst nach geschehener Einlassung auf die Klage, so läßt entweder ein oder der andere Theil den Rechtsstreit ganz liegen, oder die Partheyen begehen nur bey einzelnen gerichtlichen Handlungen im Prozeß einen Ungehorsam. Im erstern Falle ist wieder zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein Unterschied zu machen. Läßt der Kläger nach der Litis-

96) QUISTORP cit. Disquisit. de effectu litis a iudice in contumaciam pro contest. habitae §. V. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 128. S. 94.

97) Noch verdient hier angeführt zu werden *Iust.* CLAPROTH Diss. de poena rei contumacis non respondentis. *Goett.* 1756.

Litiscontestation den Prozeß liegen, so kommt es darauf an, ob dem Beklagten an der Fortsetzung des Prozesses gelegen ist, oder nicht. Im letztern Falle kann derselbe um Entbindung von der Instanz und Erstattung der Kosten bitten, es wäre denn, daß der Richter nach der Lage des Prozesses in der Hauptsache selbst zu erkennen im Stande wäre, in welchem Falle das Gesuch des Beklagten um Entbindung von der Instanz nicht Statt findet [98]). Im erstern Falle hingegen hat der Beklagte sich entweder verneinend, oder bejahend eingelassen. Ist ersteres, so kann der Beklagte entweder bitten, daß dem Kläger der Beweis seiner Klage auferlegt werden möge, oder er kann gleich selbst den Beweis des Gegentheils von der Behauptung des Klägers übernehmen, in welchem Falle er von der Klage entbunden werden muß, wenn er diesen Beweis zu führen im Stande ist. Hat hingegen der Beklagte sich bejahend eingelassen, so wird er, wenn er seine vorgeschützten peremtorischen Einreden beweiset, losgesprochen, in dem entgegengesetzten Falle aber verurtheilt, jedoch so, daß der ungehorsame Kläger die Kosten tragen muß [99]). Läßt der Beklagte nach der Einlassung den Rechtsstreit liegen, und dem Kläger ist an der Fortsetzung des Prozesses gelegen, so lassen sich folgende Fälle gedenken. Der Beklagte hat sich entweder verneinend oder bejahend eingelassen. Im erstern Falle erfolgt, wenn der Kläger den Grund seiner Klage gehörig beweiset, ein verdammendes, in dem entgegengesetzten Falle aber ein lossprechendes Er-

 kennt-

98) *L. 13. §. 2. Cod. de iudiciis.* S. HARPPRECHT in Comment. de absolutione ab instantia §. 12. pag. 107. sq.

99) *L. 13. §. 2. cit.*

kenntniß, jedoch werden in jedem Falle dem ungehorsamen Beklagten die Kosten des Prozesses zu Theil. Im andern Falle, da sich der Beklagte bejahend eingelassen, aber peremtorische Einreden vorgeschützt hat, kann entweder der Kläger dieselben sofort durch Gegenbeweis entkräften, oder nicht. In jenem Falle wird der Beklagte condemnirt; in diesem aber kann der Kläger bitten, daß dem Beklagten der Beweis seiner Einreden auferlegt werde, mit der Verwarnung, daß bey desselben Unterlassung in der Hauptsache für den Kläger gesprochen werden solle [100]). Wenn hingegen die Partheyen nach der Einlassung nur bey einzelnen Handlungen im Prozeß einen Ungehorsam begehen, so findet nach der Lage des Prozesses und der Art der ergangenen Citation bald nur die allgemeine, bald die angedrohete besondere Strafe des Ungehorsams Statt [1]).

§. 259.

Wie ist der Ungehorsam anzuklagen?

In sofern nicht der den Ungehorsamen treffende Nachtheil ipso iure eintritt, wie dies bey versäumten gesetzlichen Nothfristen der Fall ist [2]), muß nun, wenn bey versäumten arctatorischen Terminen die verwirkte Strafe des Ungehorsams eintreten soll, die Gegenparthey förmlich erklären,

100) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses §. 2060.

1) Man vergleiche hier besonders Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Prozesses §. 474—476. der Gönnerschen Ausgabe, und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 4420.

2) *Ge. Frid.* KRAUSE Diss. quando accusatio contumaciae sit superflua aut frustranea. *Vitemb.* 1776.

ren, daß sie von dem Richter eine Verfügung verlange, in welcher die Folge der Versäumung realisirt, und das dieser angemessene weitere Verfahren bestimmt werde. Man nennt dieses eine Contumacialanklage [3]), oder Ungehorsamsbeschuldigung. Es wird dazu erfordert, 1) daß der Anklagende seiner Seits seiner Obliegenheit ein völliges Genüge geleistet habe; 2) bescheinige, sofern es nöthig ist, daß dem Ungehorsamen der richterliche Befehl gehörig eingehändiget worden; sodann 3) zeige, daß die in demselben bestimmte Frist gänzlich verstrichen sey, und er dennoch der richterlichen Auflage keine schuldige Folge geleistet habe, und dann 4) das Gesuch beyfüge, wie er wolle, daß der Richter gegen den Ungehorsamen verfahren soll [4]). Diese Ungehorsamsbeschuldigung fällt jedoch alsdann weg, wenn etwa die Partheyen unter sich den Vertrag errichtet hätten, einander Ungehorsams nicht zu beschuldigen. Denn wenn gleich freylich ein solcher Vertrag in den Fällen ohne Wirkung ist, da es keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedarf, sondern der Richter von Amtswegen verfahren kann; so kann doch demselben wenigstens in solchen Fällen seine Gültigkeit nicht abgesprochen werden, in welchen sonst der nicht angeschuldigte Ungehorsam unschädlich ist [5]). Ob übrigens der Ungehorsam mündlich oder schriftlich accusirt werde, ist, in sofern nicht besondere Vorschriften dieserhalb

 vor-

3) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 131.

4) Nettelbladts Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 195. ff. HOFACKER Princ. T. III. §. 4423.

5) *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. X. Obs. 3. *Pactum de non accusanda contumacia quatenus vires habeat?* pag. 129. sqq.

vorhanden sind [6]), willkührlich; im ordentlichen Prozesse pflegt indessen die Ungehorsamsbeschuldigung gewöhnlich in einem kurzen Aufsatze angebracht zu werden [7]).

§. 260.

Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen. Ehehaften. Erläuterung der *L. 2. D. h. t.*

Die Strafe des Ungehorsams kann aus mancherley Ursachen wegfallen. I) Wenn der Ungehorsame noch Folge leistet, ehe die Ungehorsamsbeschuldigung von dem Gegentheil geschehen ist. Dieses wird die Reinigung von dem Ungehorsam (purgatio contumaciae) im eigentlichen Verstande genennt [8]), und findet nur in einem solchen Falle Statt, da ohne vorhergegangene Ungehorsamsbeschuldigung keine Strafe vom Richter erkannt werden kann. II) Wenn der Ungehorsame rechtmäßige Entschuldigungsursachen seines Aussenbleibens, welche man Ehehaften (legitima impedimenta) nennt, für sich anzuführen vermag. Die Bescheinigung solcher rechtmäßiger Entschuldigungen, wodurch man die Strafe des Ungehorsams, der geschehenen Ungehorsamsbeschuldigung ungeachtet, abzuwenden im Stande ist, wird die Reinigung von dem Ungehorsam im weitläuftigen Verstande genennt.

6) S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 3. WIESAND in cit. Opuscul. Specim. X. Obs. 5. pag. 138.

7) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 128.

8) Nettelbladts Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 151.

nennt [9]). III) Wenn der Termin in solche Zeiten fällt, wo Ferien sind, mithin eine Befreyung von gerichtlichen Geschäften Statt findet. (§. 228.) Nur die Nothfristen laufen auch während der Ferien [10]), in sofern daher die zu verrichtende Handlung vor dem Feyertage, mit welchem sich die Frist endiget, hätte vorgenommen werden können, hilft der eintretende Feyertag nichts, sondern wird mitgezählt [11]). IV) Wenn in Zeiten um Verlängerung der anberaumten Frist, oder um Verlegung des angesetzten Termins gebeten wird. Endlich V) wenn die Sache ist verglichen worden [12]). Hier ist nur noch von den sogenann-

9) *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de purgatione contumaciae in processu. *Halae* 1733.

10) *L. 1. Cod. de feriis.*

11) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 314. Not. g.

12) *L. 2. pr. D. h. t.* Non exigimus reum iudicio sisti, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit, fuerit transactum, sed hoc ita, si non prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Hier wollen viele statt *si non* lieber si modo lesen, als *Pet.* FABER Semestrium Lib. I. cap. 14. und Lib. III. c. 24. SCHULTING in Enarrat. h. t. §. 5. *Herm.* CANNEGIETER in Observat. Lib. I. cap. 17. pag. 114. VOORDA Diss. de Vadimonio Cap. IV. §. 6. Ebendiese Leseart billigen Charondas und Russard ad L. 2. und *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas ad Dig. h. t. pag. 298. Die Florentinischen Pandecten stimmen jedoch mit der vulgata überein. Allein die Basiliken haben das *non* gar nicht. Daher verwirft es auch CUJACIUS in Commentar. ad L. 113. D. de Verbor. obligat. Mit der Emendation des Cujaz stimmt die Ausgabe des Robert Stephanus Paris 1527. überein, und so haben mehrere MSS. die Brenkmann verglichen hat, wie in der Gebauer-

ten Ehehaften zu handeln [13]), von Ferien, Fristgesuchen und Vergleichen aber in den folgenden Titeln. Unter

schen Ausgabe angemerkt wird. Mit der erstern Leseart hingegen stimmt die Ausgabe des Greg. Haloander überein. *Corn. van* BYNKERSHOCK in Observat. iuris Rom. Lib. III. cap. 5. sucht der Schwierigkeit durch eine Versetzung der Worte abzuhelfen, und lieset: *sed hoc ita, si non prius sisti oporteret, quam id negotium transactum sit.* Allein diese Emendation ist kühn, wie die meisten dieses Rechtsgelehrten. Wäre eine Emendation nöthig, so hätte die Leseart *si modo* allerdings viel vor sich. Allein Siegm. Reich. Jauch in Meditat. crit. de Negationibus Pandect. Flor. pag. 178. bemerkt, daß Ulpian hier, wie an mehreren Orten, das *si non* brauche, wenn er seine Meinung näher bestimmt, ohne diesen Worten gerade einen verneinenden Sinn beyzulegen. Doch zur Sache. Gesetzt, der Vergleich wäre erst nach dem Ablauf des Termins geschlossen worden, auf welchem der ungehorsame Beklagte erscheinen sollen, konnte dennoch der Kläger auf die versprochene Strafe klagen? Nach dem strengen Recht hatte freylich actio ex stipulatu statt, quia stipulatio semel commissa erat; allein der Beklagte konnte sich mit der exceptione doli schützen. *Quis enim,* sagt das Gesetz, *de poena promissa laborat post negotium transactum? cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de poena transactum sit:* d. i. wie kann weiter die Frage von einer Strafe seyn, wenn der Rechtsstreit einmal durch einen Vergleich ist beygelegt worden? Unstreitig gieng ja die Absicht der Partheyen mit darauf, die verwirkte Strafe zugleich dadurch abzuthun. Replicirt etwa der Kläger, daß der Vergleich ihm nachtheilig sey, und er dadurch keine völlige Vergütung seines Interesse erhalte, so ist es seine Schuld, daß er den Vergleich nicht auf eine vortheilhaftere Art geschlossen hat. S. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

13) Ausser der vom Autor angeführten Schrift des Ephraim Gerhards sind noch folgende zu bemerken: *Sam.* STRYK Diss.

ter Ehehaften verstehet unser Verfasser zufällige und unvermuthete Ereignisse, welche dem Vorgeladenen ohne sein Verschulden die Besorgung des ihm aufgelegten gerichtlichen Geschäfts unmöglich gemacht haben [14]). In den Gesetzen dieses Titels werden mehrere solcher rechtmäßiger Ent-

Diss. de impedimentis legalibus. *Frf.* 1684. *Io. Gottf.* KRAUSE Diss. de causis contumaciam excusantibus. *Vitemb.* 1703. und *Io. Guil.* HOFFMANN Disp. de legitimis impedimentis ex iure germanico. *Frfti ad Viadr.* 1736.

14) In den römischen Gesetzen finden wir kein Kunstwort. Die Benennung legitima impedimenta ist nicht römisch. Ich will eher glauben, daß man die rechtmäßigen Entschuldigungen des Aussenbleibens *legitimas vadimonii deserendi causas* genennt habe. Allein auch diesen Ausdruck suchen wir vergeblich in den Gesetzen, weil Tribonian überall das Wort *vadimonium* ausgestrichen hat, wo es in den Schriften der alten Rechtsgelehrten vorgekommen, wie schon oben (§. 240. a.) erinnert worden ist. Die teutsche Benennung Ehehaften kommt von dem teutschen Wort Ee, Ehe, Ewe oder Echt her, welches so viel als Gesetz hieß. Daher nannten unsere Vorfahren jeden Uebertreter der Gesetze einen Eebreker. Eben so hieß Ehehafft oder Echthafft so viel als gesetzmäßig oder rechtmäßig, und ehehafte Hinderung eine rechtmäßige Verhinderung. In verschiedenen alten teutschen Gerichtsordnungen findet man auch noch die Ausdrücke ehehafte Ursachen, ehehafte Verhinderungen. S. z. B. die Gerichtsordnung der Grafschaft Solms Tit. 13. In den neuern Zeiten fing man an, das Wort Ursache oder Verhinderung wegzulassen, und so stempelte denn der Sprachgebrauch das Wort Ehehaft zum Substantivum. S. DIECMANNI Specim. Glossar. lat. Theotisc. pag. 20. BESOLDI Thesaur. pract. v. Ehehaften. HOFFMANN cit. Diss. §. 6.

Entschuldigungsursachen aufgezählt, welche unser Verfasser in der Note d. anführt. Dergleichen sind 1) Verhinderung durch öffentliche und pressante Amtsgeschäfte; 2) Ablegung eines nöthigen Zeugnisses; 3) Krankheit, Hindernisse auf dem Wege durch Witterung und Wasserfluth. Jedoch entschuldigt nicht jede Krankheit, sondern sie muß eine solche seyn, welche in den Gesetzen morbus sonticus genennt wird [15]), d. i. bey welcher man nicht ausgehen, und seinen Geschäften obliegen kann [16]). Ein hohes Alter entschuldiget an sich nicht, in sofern dasselbe nicht mit einer solchen Schwäche begleitet wäre, welche das Alter zu einer Krankheit, und den Greis zur Besorgung seiner Geschäfte ganz unvermögend macht.

15) *L. 2. §. 3. D. h. t.* — Lex XII. Tabularum, si alteruter ex litigatoribus MORBO SONTICO impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum. *Dies diffisus* heißt so viel als dilatus. S. CUJACIUS in Observat. Lib. XII. cap. 18. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Differt. IV. §. 13. sqq. *Operum* Tom. III. pag. 63. sqq.

16) Julian sagt *L. 60. D. de re iud.* SONTICUS autem existimandus est, qui cuiusque rei agendae impedimento est. Add. *L. 4. §. 5. L. ult. §. 1. D. de aedilit. edict. L. 113. D. de Verb. Signific.* SEXTUS CAECILIUS sagt beym GELLIUS Noct. Attic. Lib. XX. c. 1. *morbus sonticus* sey morbus vehementior, vim graviter nocendi habens. Vergleiche *Ge. Casp.* KIRCHMAIERI Opuscula de latinitate Digestorum et Institution. D. Iustiniani Imp. collect. et edita a *Ge. Sam.* MADIHN. *Halae* 1772. 8. Opusc. IV. §. 3. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus Tom. I. pag. 336. WESTENBERG D. Marcus Diss. IV. §. 16. et 17.

macht [17]). Dahingegen soll Schwangerschaft und Kindbette bey Frauenspersonen, so wie auch Verrückung des Verstandes rechtlich entschuldigen [18]). Bey Hindernissen durch Witterung, üblen Weg und Ueberschwemmung wollen ebenfalls die Gesetze noch auf die besondern Umstände gesehen wissen, ob etwa dabey eine Schuld des Nichterschienenen sich hervorthut, z. B. daß er sich nicht eher auf den Weg gemacht, oder leicht einen andern Weg hätte nehmen können [19]). 4) Erlittener Arrest, sofern sich solchen der Vorgeladene nicht selbst und in der Absicht zugezogen, um nur den Termin vergeblich zu machen [20]). Wäre er von einem Privatmanne eingesperrt gehalten worden, so soll er sich damit nicht entschuldigen, sondern sich an jenen halten [21]). 5) Familientrauer. 6) Feindliche Gefan-

17) *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non compareat. *Lipsiae* 1772.

18) *L. 2. §. 4. et 5. D. h. t.* Auch die teutschen Gesetze entschuldigen die Kindbetterinnen und schwangern Frauen, die der Niederkunft nahe sind. S. HOFFMANN cit. Diss. §. 11.

19) *L. 2. §. 8. eod.*

20) *L. 2. §. 9. eod.*

21) *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVI. §. 2. Not. 15. behauptet, daß in einem solchen Falle noch heutiges Tages actione in factum gegen den Verhindernden auf Schadensersetzung zu klagen, oder, wenn dieser nicht solvent seyn sollte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen sey. Allein da dieses nur zur Vermehrung der Streitigkeiten Anlaß giebt, so ist nach teutschem Rechte der Verhinderte auch in dem Falle zu entschuldigen, da er von einem Dritten wider seinen

Gefangenschaft. 7) Abwesenheit wegen öffentlicher Angelegenheiten u. d. m. Daß jedoch, ausser den in den Gesetzen berührten Fällen, vieles dem richterlichen Ermessen hierbey überlassen bleibe, lehrt die Natur der Sache [22]. In Ansehung der Wirkung solcher Ehehaften ist noch zu bemerken, daß wenn deren Bescheinigung erforderlichen Falles beygebracht worden, nun der den Versäumenden sonst treffende Nachtheil entweder gar nicht über denselben verhängt werden darf, oder, wenn dieses auch einstweilen (ob contumaciam praesumtam) geschehen ist, derselbe gegen den verhängten Nachtheil in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden muß [23]. Sind die angeführten Entschuldigungsgründe sehr wahrscheinlich, so wird der Vorgeladene zur eidlichen Bestärkung zugelassen. Man kann übrigens auch auf Ehehaften Verzicht thun. Nur muß dieses nicht im Allgemeinen, sondern mit Bestimmung besonderer Fälle geschehen. Es ist dieses nicht nur der Billigkeit gemäß, da allezeit zu vermuthen ist, daß derjenige, welcher nur überhaupt auf das Anführen der Ehehaften Verzicht gethan, nicht an besondere Nothfälle gedacht habe,

welche

seinen Willen durch Gewalt aufgehalten worden ist, und dieser von Amtswegen zu bestrafen, und nach Befinden der Sache zur Schadensersetzung anzuweisen. HOFFMANN cit. Diss. §. 12. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 130. S. 98.

22) *Cap. 1. et 6. X. de dol. et contum. Cap. 24. X. de offic. et pot. iud. deleg. L. 1. §. 3. D. quae sentent. sine appellat. rescind.*

23) Grolmans Theorie §. 130. a. E.

welche daher allemal zur Entschuldigung gereichen müssen; sondern es stimmt auch hierin das römische[24]) und teutsche Recht überein[25]).

24) ULPIANUS *L. 4. §. 4. D. h. t.* Quaesitum est, an possit conveniri: *ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiiciatur*: et ait ATILICINUS conventionem istam non valere: sed et ego puto, conventionem ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint; quibus a promissore sponte renunciatum est. CUJACIUS Observat. Lib XIV. cap. 7. hält die Worte: *si specialiter causae exceptionum expressae sunt*, für einen Tribonianismus, allein ohne hinreichenden Grund. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestorum h. t. §. 7.

25) Man denke an das bekannte teutsche Sprüchwort: gemeine Verzicht hat keine Kraft, wovon Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern VI. Abtheil. Nr. XIV. S. 526. nach der neuesten Ausgabe (Leipzig 1792.) nachzusehen sind. Add. STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 9.

Lib. II. Tit. XII.

De feriis, dilationibus et diversis temporibus.

---

§. 261.

Begriff der Ferien und Unterschied derselben vom Justitium.

Zu den rechtmäßigen Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen, gehören auch die Ferien, wenn der Termin gerade in diese Zeiten fallen sollte. Denn Niemand ist an solchen Tagen vor Gericht zu erscheinen schuldig, es müßte denn die Sache so beschaffen seyn, daß sie keinen Aufschub leidet [26]). Daher ist nun die Lehre von Ferien abzuhandeln. Unter Ferien werden hier diejenigen Tage verstanden, an welchen vor einem bestehenden Gericht in der Regel nichts verhandelt werden darf [27]). Die Römer nannten sie *dies nefastos*, nach dem bekannten Vers des Ovids [28]): Ille NEFASTUS erit, per quem tria verba silentur [29]). Gerichtstage hingegen wurden *dies fasti* genennt.

26) *L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.*

27) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de feriis. *Tub.* 1661. *Ge. Christoph.* NELLER collectio methodica SS. Canonum et Legum praecipuarum ad libri II. Decretal. Tit. IX. de feriis. Pars I. et II. *Treviris* 1755. (in *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. II. *Aug. Treviror.* 1787. Nr. XVI. et in *Ant.* SCHMIDT *Thes. iuris ecclef.* Tom. VI. Nr. XIX.)

28) *Fastor. I. v. 47.*

29) Diese drey Worte, welche den Umfang der ganzen prätorischen Jurisdiction ausdrückten, waren bekanntermassen *do, dico, addico.*

genennt. FASTUS erit, sagt eben dieser römische Dichter, per quem iure licebit agi. Unsere Gesetze nennen diese letzteren *dies iuridicos* [30]), *dies sessionum* [31]), Rechtstage [32]). In den Ferien werden nun zwar keine Gerichte gehalten, es fehlt indessen doch nicht an Richtern, zu denen man seine Zuflucht nehmen kann, und denen in Nothfällen auch sogar an Gott geheiligten Festtagen die Ausübung der Gerichtsbarkeit erlaubt ist. Hierdurch unterscheiden sich daher Ferien von einem Justitium, oder gänzlichen Gerichtsstillstande, Gerichtssperre, als einer Zeit, da die Gerichte durch öffentliche und gemeine Unglücksfälle, z. B. Krieg oder Pest, dergestalt ausser aller Activität gesetzt sind, daß man nicht einmal einen Richter haben kann. Der Unterschied zwischen Ferien und Justitium zeigt sich besonders bey Verjährungen. Denn durch den gänzlichen Gerichtsstillstand wird die Verjährung unterbrochen [33]). Ferien hin-

addico. Praetor DABAT, actionem, exceptionem, iudicem. DICEBAT, quoties interdictum proponebat; dicebat ius. ADDICEBAT rem in iure cessam, addicebat bona sub hasta vendita plus licitantibus etc.

30) *L. 7. C. h. t.*

31) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in possess.*

32) S. WALCH in Glossar. german. ad Constitut. crim. Carol. voc. Rechttag pag. 421. Auch das Wort Tag wird in den Urkunden des teutschen Rechts häufig für Gerichtstag oder Termin genommen. S. WALCH in Glossar. cit. voc. Tag pag. 458. sqq.

33) *Cap. 10. X. de praescript.* Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 172. *I. H.* BOEHMER Diss. de eo quod iustum est durante iustitio. *Halae* 1705. Cap. II. §. 13—18. RAVE Princip. doctr. de praescriptione §. 31.

hingegen hindern den Lauf derselben nicht [34]), sondern sie werden nur bey Verjährung solcher Klagen und Rechtsmittel nicht mitgezählt, welche ein tempus utile (§. 269.) zu ihrer Dauer haben [35]).

§. 262.

Eintheilung der Ferien.

Die Ferien können auf verschiedene Art eingetheilt werden. Sie sind entweder gewöhnliche (*feriae ordinariae*), welche alle Jahre eintreten, oder ausserordentliche (*feriae repentinae*), welche bey ausserordentlichen Vorfällen angeordnet werden [36]). Beyde sind wieder, nach Verschiedenheit ihres Zwecks, entweder solche, die dem öffentlichen Gottesdienst gewidmet sind; diese werden göttliche (*divinae*) genennt; oder solche, welche aus weltlichen Ursachen eingeführt sind; und diese nennt man menschliche Ferien (*humanae*). Letztere sind wieder verschiedener Art. Sie haben nämlich entweder den gemeinen Nutzen und Bedürfnisse der Menschen, oder die Ehre gewisser Personen zum Zweck. Letztere werden *feriae honorariae* genennt; z. B. Geburtstagsfeyer des Landesherrn. Ferien der erstern Art (*feriae necessariae*) hingegen betreffen entweder das Beste des öffentlichen Handels und städtischen Gewer-

34) *L. 26. §. 7. D. Ex quib. caus. maior. in integr. restituuntur. Mich.* GRASSUS in Diss. de regula iuris: agere non valenti non currit praescriptio. Tract. gener. Th. 15. et Sect. II. Membr. II. Th. 3.

35) *L. 1. D. de div. tempor. praescript.*

36) *L. 26. §. 7. D. Ex quib. caus. maior.* Z. B. Sieges- und Friedensfestferien, Landtrauer u. dgl.

Gewerbes, oder sie sind zum Besten des Feld- und Weinbaues eingeführt. Zu jenen gehören die Meßferien (*feriae urbanae*), zu diesen aber die Erndte- und Weinleseferien (*feriae rusticae*). In dem römischen Gesetzbuche findet sich eine Verordnung, welche den Anfang und das Ende der Erndte- und Weinleseferien bestimmt [37]). Allein wäre auch diese Constitution ächt, woran doch noch mit Grunde gezweifelt wird [38]), so würde dennoch dieselbe wegen des so sehr verschiedenen Klima nicht überall Anwendung finden können [39]). Es kommt daher vielmehr auf die besondern Gesetze und Gewohnheiten eines jeden Landes an. Die ordentlichen Gott geheiligten Feyertage (*feriae divinae ordinariae* s. *solemnes*) sind entweder unbewegliche, unveränderliche (*stativae et immobiles*), die allezeit auf einen gewissen Tag fallen, z. B. Sonntags- und Weynachtsferien, oder abwechselnde, bewegliche, veränderliche

37) *L.* 2. *Cod. de feriis.*

38) Man sehe ALCIATUS Parergor. lib. VI. cap. 9. GOTHOFREDUS Commentar. ad L. I. Cod. Theodos. de feriis. Daß diese Constitution ganz aus fremdem Rechte, dem Fränkischen oder Gothischen, entlehnt seyn sollte, ist nicht glaublich; sondern sie hat unstreitig einen römischen Kaiser zum Urheber, zwar nicht den Theodosius, den die Ueberschrift nennt, allein vielleicht den Kaiser Constantin. Doch scheint gerade die Stelle ein Glossem zu seyn, welche die Bestimmung des Anfangs und Endes der Erndte- und Weinleseferien enthält, wie auch *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. variis s. Meletematib. ad Pandect. ad Lib. II. Dissert. 3. §. 3. dafür hält. Denn die Präsides der Provinzen pflegten diese Ferien selbst nach der Gewohnheit eines jeden Orts zu bestimmen. *L.* 4 *D. h. t.*

39) NELLER cit. Dissert. Part. I. Sect. I. §. 6. Not. *).

liche Ferien (*feriae conceptivae et mobiles*), welche zwar alle Jahr, aber zu verschiedener Zeit, eintreten, z. E. die Oster- und Pfingstferien. Die Gott geheiligten Ferien sind übrigens eine Wirkung öffentlicher kirchlicher Festtage, und sollen eigentlich, vermöge des päbstlichen Rechts [40]), von einer Vesper zur andern gerechnet werden. Allein selbst in katholischen Landen wird diese Verordnung nur noch quoad horas canonicas et divina officia beobachtet, im Uebrigen aber werden die Feyertage ohne Unterschied von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet [41]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche rechnet man jedoch die Feyertage vielmehr vom Morgen bis zum Sonnenuntergange, oder bis dahin, da wieder etwas in Gerichten vorgenommen werden kann [42]).

§. 263.

Wem stehet das Recht zu, Gerichtsferien anzuordnen? In wiefern kann denselben entsaget werden?

Das Recht, Gerichtsferien anzuordnen, kommt dem **Regenten** zu, von dessen Willkühr überhaupt die Bestellung der Gerichte abhängt. Man vermische jedoch damit nicht

40) *Cap. 1. X. de feriis.*

41) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad cap. 1. X. de feriis. ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. II. Tit. IX. nr. 14. LINCK Commentar. in Decretal. Tit. de feriis §. 1. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta seriem libror. Decretal. Lib. II. Tit. 9. §. 6.

42) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 1. Th. §. 48. a) S. 174. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 1. Th. §. 286. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris principia ad ordin. Digestor. exposita Differt. V. §. 4.

nicht das Recht, Festtage anzuordnen, welches, sofern von kirchlichen Festtagen die Rede ist, ein Recht der Kirchengewalt ist, in Ansehung weltlicher Feyertage aber der weltlichen Obrigkeit zustehet. Da in den protestantischen Landen die Kirchengewalt dem evangelischen Landesherrn in der Regel zustehet, so beruhet auf desselben Bestimmung alles, was die Feyer der Festtage anbetrifft [43]).

Die Wirkung der Ferien ist nun die, daß in solchen Zeiten der Regel nach keine gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden dürfen. Doch können mancherley Ausnahmen hiervon Statt finden. Dahin gehört I. wenn die Partheyen, so weit es ihnen den Rechten nach freystand, mit Genehmigung des Richters auf die Ferien Verzicht gethan haben [44]). Eine solche blos willkührliche Entsagung ist jedoch in Ansehung göttlicher Ferien schlechthin verboten [45]). Es kann daher an kirchlichen Festtagen, ohne offenbare Nichtigkeiten zu begehen, weder mit Einwilligung des Richters [46]) noch der Partheyen Gericht gehalten werden,

43) Man vergleiche hier *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. I. Tit. 4. Hofr. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Teutschl. §. 192. ff. und NELLER cit. Diss. P. I. Sect. V.

44) *Io. Gottl.* OLEARIUS de renunciatione feriarum. *Regiomonti* 1713.

45) *L. 7. Cod. de feriis. Cap. fin. X. eod.* LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 25. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 608. et 609.

46) Es gilt dieses von Schiedsrichtern wie von ordentlichen Richtern. *L. 7. Cod. de feriis. L. 1. D. de recept.* Diesen ist *L. 36. D. de recept.* nicht entgegen, welche eigentlich von mensch-

den [47]), weil die Feyer solcher Festtage nicht nur in den gemeinen, geist- und weltlichen Rechten vorgeschrieben, sondern auch die Uebung der Gerichtsbarkeit an solchen Tagen schlechterdings verboten ist [48]). In Ansehung der menschlichen Ferien hingegen findet eine Entsagung in sofern Statt, als sie blos den Nutzen und die Bedürfnisse der Unterthanen zum Zweck haben; wie z. B. Meß- Erndte- und Weinleseferien. Nur auf diese können die Partheyen, jedoch anders nicht, als mit Genehmigung des Richters [49]), Verzicht thun [50]); dahingegen in Ansehung der sogenannten feria-

menschlichen Ferien zu verstehen ist. *de* BERGER Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 2. *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

47) *Cap. 1. et 5. X. de feriis.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. XXXII. medit. 6. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 286.

48) *L. 2. 3. 7. et 11. pr. Cod. de feriis.*

49) Denn der Richter ist auch in menschlichen Ferien wider seinen Willen Gericht zu halten der Regel nach nicht verbunden. LAUTERBACH Diss. de feriis §. 31. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 5. pag. 120. Diesem ist *L. 36. D. de recept.* nicht entgegen, denn wenn Ulpian daselbst sagt: daß ein Schiedsrichter vom Prätor auf Verlangen der Partheyen genöthiget werden könne, auch an Feyertagen ein Urtheil zu sprechen, so ist das von einem solchen Falle zu verstehen, dergleichen Ulpian selbst *L. 13. §. 3. D. eodem* anführt: Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogetur; *nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit.* S. VOET in Comment. h. t. §. 6.

50) *L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. und besonders *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris princip. ad ordinem Digestor. expos. Diss. V. §. 6.

feriarum honorariarum eigentlich keine gültige Entsagung Statt findet [51]). Uebrigens kann die Entsagung der Ferien sowohl ausdrücklich als stillschweigend dadurch geschehen, wenn eine Parthey der richterlichen Ladung zu Folge freywillig vor Gericht erscheint, ohne die exceptio feriarum vorzuschützen [52]). Eine solche Verzichtleistung verbindet aber nur die Partheyen. Einem Dritten hingegen kann sie nicht präjudiciren. Daher z. B. die von einer Parthey ernannten Zeugen, wenn kein Nothfall vorhanden, zur Zeit der Ferien nicht genöthiget werden können, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen [53]).

§. 264.

Welche Sachen können zur Zeit der Ferien und insonderheit an Gott geheiligten Feyertagen vor Gericht gültig vorgenommen werden?

Eine Ausnahme findet II. in Ansehung solcher Sachen Statt, welche aus einer besondern Begünstigung der Gesetze auch sogar an Gott geheiligten Feyertagen vor Gericht gültig vorgenommen werden können. Zu diesen privilegirten

51) Arg. *L. 38. D. de pact.* *L. 26. §. 6. D. ex quib. caus. maiores.* WESENBECIUS in Commentar. in tert. libr. Cod. Tit. de feriis nr. 36. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. cit. loc. RICHTER cit. loc.

52) *L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t.* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXV. med. 3. scheint zwar anderer Meinung zu seyn, allein man sehe MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 139.

53) LAUTERBACH in Colleg. Pand. cit. loc. WESENBECIUS cit. loc. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.

ten Sachen rechnet man gewöhnlich alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Eben dieses behauptet auch unser Verfasser. Allein daß die Gesetze nur gewisse Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit ihrer frommen Absichten, oder wohlthätigen Wirkungen wegen, nämlich die Manumission, die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, ferner die Schließung eines Vergleichs, auf die bemerkte Art begünstiget haben [54]), ist schon an einem andern Orte dieses Commentars ausführlicher gezeigt worden [55]). Der Regel nach dürfen also auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, sie mögen eine Untersuchung erfordern, oder nicht, an heiligen Fest- und Feyertägen nicht geschehen, in sofern nicht eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist [56]). Eben dieses gilt auch von Criminal- Fiskalischen- und Polizeysachen, welche man ebenfalls nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten, der auch unser Verfasser beypflichtet, von der Regel auszunehmen pflegt. Denn die Gesetze, welche die Feyer der gottesdienstlichen Festtage vorschreiben, sagen ganz bestimmt: actus omnes, *seu publici sunt seu privati*, diebus illis conquiescant [57]). Diejenigen Gesetze aber, die man zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung anzuführen pflegt, reden theils von menschlichen Ferien [58]), theils von solchen Sachen, deren schleu-

54) *L. 8. L. fin. §. 1. Cod. h. t.*

55) S. 2. Buch. Tit. 1. §. 194. S. 110. ff.

56) Im Nothfall kann daher die Aufnahme eines gerichtlichen Testaments auch an einem Sonntage geschehen, ausserdem aber nicht. COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

57) *L. 8. Cod. de feriis.*

58) Von menschlichen Ferien, und zwar von feriis rusticis reden offenbar die von unserm Verf. angeführten *L. 3. et 9. D.* und *L. 5.*

schleunige Besorgung das Wohl des Staats nothwendig macht[59]). Hieraus ergiebt sich endlich eine dritte Ausnahme, daß Sachen, die keinen Aufschub leiden, zu aller Zeit, folglich auch an Gottgeheiligten Feyertagen, vorgenommen werden können[60]).

§. 265.

Von Fristen oder Dilationen. Begriff und Eintheilung derselben.

Die Strafe des Ungehorsams fällt ferner weg, wenn in Zeiten eine neue Frist gesucht worden. (§. 260. nr. IV.) Unter einer Frist (dilatio) verstehet man überhaupt die zur Verrichtung einer gerichtlichen Handlung vorgeschriebene Zeit[61]). Diese ist nun entweder ein bestimmter Tag, oder ein aus mehreren Tagen oder Wochen bestehender Zeitraum. Ersteres nennt man einen Termin oder Tage-

L. 5. Cod. h. t. Man vergleiche WESENBECII Commentar. ad tert. libr. Cod. h. t. nr. 17. BERGER Resolution. legum obstant. h. t. Qu. 3. COCCEJI Ius. civ. controv. h. t. Qu. 5.

59) Hierher gehört die von unserm Verf. angeführte *L. 10. Cod. h. t.* wo die Tortur der Strassenräuber und Mörder auch an Festtagen erlaubt wird, ne differatur sceleratorum proditio consiliorum, quae per latronum tormenta quaerenda est. S. LAUTERBACH Diss. de feriis §. 16. EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* Ius civ. controv. h. t. ad Qu. 5. not. y. Tom. I. pag. 204.

60) *Cap. ult. X. de feriis:* verb. nisi necessitas urgeat.

61) *Car. Gottl.* KNORRE Diss. de recto dilationum usu. *Halae* 1739. §. 3. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 28.

farth; letzteres eine Frist im eigentlichen Sinn[62]. In der Praxis werden jedoch diese Benennungen häufig vermischt. So z. B. sagt man eben sowohl Beweisfrist als Beweistermin[63]). Die Verlängerung oder Erstreckung einer noch nicht abgelaufenen Frist wird auch von Einigen eine Dilation[64]), gewöhnlicher aber die Prorogation einer Frist[65]) genennt. Die Fristen sind nun von mancherley Art, und können sowohl nach dem Unterschiede ihres Zwecks oder Gegenstandes, als nach Verschiedenheit ihres Bestimmungsgrundes, und ihrer Wirkungen eingetheilt werden. Wie verschieden die Fristen in Ansehung ihres Gegenstandes seyn können? ist hier der Ort nicht, auszuführen. Brunnemann[66]) und besonders Herr von Balthasar[67]), geben dem Leser ein vollständiges Verzeichniß davon. In Ansehung ihres Bestimmungsgrundes hingegen werden die Fristen in gesetzliche, richterliche und bedingte oder gewillkührte eingetheilt. I. Gesetzliche Fristen, welche in der Praxis auch Ordnungsfristen heißen, werden nicht nur diejenigen genennt, welche durch ausdrückliche Gesetze und Prozeßordnungen, sondern welche auch nur durch besondere, jedoch unbestrittene Gerichts-

62) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4321.

63) KOCH Diss. de initio termini probatorii. *Giessae* 1785. §. 2.

64) VOET in Commentar. h. t. §. 10. SCHAUMBURG in compendio iuris Digestor. h. t. §. 6.

65) Nettelbladt a. a. O. §. 28. KOCH cit. loc.

66) in processu civili cap. VI. nr. 2. sqq.

67) Tract. iurid. de terminis ac fatalibus iudicialibus eorumque computatione. *Gryphisw.* et *Lips.* 1748.

Gerichtsgewohnheiten bestimmt sind [68]). Diese sind wieder von zweyerley Art, entweder solche, welche die Gesetze unmittelbar den Partheyen selbst vorschreiben, z. B. die zehntägige Appellationsfrist, ferner die funfzehntägige Beweisfrist der vorgeschützten Einrede des Spoliums; oder solche, die nur darum von den Gesetzen bestimmt sind, damit sie der Richter mittelst eines Decrets den Partheyen vorschreibe. Erstere werden dilationes legales absolute tales, letztere aber dilationes legales secundum quid tales genennt [69]). Die Fristen der erstern Art bedürfen keines richterlichen Dekrets [70]). II) Richterliche Fristen werden diejenigen genennt, deren Bestimmung in einem jeden einzelnen Falle von der Vorschrift und Willkühr des Richters abhängt, es sey nun, daß diese richterliche Willkühr entweder ganz uneingeschränkt, oder dadurch beschränkt wäre, daß durchs Gesetz mehrere Fristen bestimmt sind, aus welchen der Richter in einem jeden vorkommenden Falle eine wählen und vorschreiben muß [71]). Diese werden wieder in peremtorische und dilatorische eingetheilt, je nachdem sie entweder im Versäumungsfalle ein Präjudiz in Ansehung der vor Gericht vorzunehmenden Handlung zur Folge haben, oder nicht [72]).

III) Be-

68) KOCH cit. Diss. §. 3.

69) *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 603. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 738.

70) *Cap. 15. X. de sentent. et re iudic. Cap. 4. X. de in integr. restitut.*

71) KOCH cit. Diss. §. 3.

72) *Cap. 3. et 4. X. de dolo et contum. Cap. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.* BOEHMER cit. Princip. iur. canon. §. 739.

III) Bedingte oder gewillkührte Fristen endlich werden diejenigen genennt, welche von den Partheyen selbst durch Vertrag bestimmt worden sind. Solche Fristen müssen jedesmal dem Richter zur Genehmigung, welche jedoch nicht leicht versagt zu werden pflegt, angezeigt werden [73]). In Ansehung ihrer Wirkungen sind die Fristen entweder Nothfristen, oder nicht. Erstere, welche auch Fatalien genennt werden [74]), sind solche Fristen, deren Versäumung den Verlust der Sache nach sich ziehet. Hier ist also blos von den Nothfristen im Prozeß die Rede, welche den streitenden Partheyen vorgeschrieben sind, um binnen denselben eine gewisse Handlung, bey Verlust der Sache, in dem Gerichte zu bewirken. Es werden daher die der Dauer der Klagen und Einreden vorgeschriebene Verjährungszeiten hiervon gänzlich ausgeschlossen [75]). Nothfristen

73) *L. 4. Cod. de dilat.* Concept der K. G. O. Th. III. Tit. X. §. 13. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 131. S. 102.

74) In der *L. 2. Cod. de temporib. et reparationib. appellation.* werden sie Tempora fatalium dierum genennt. Woher die Benennung FATALIA entstanden sey, untersucht mit vieler Gelehrsamkeit *Leop. Nic.* L. B. *ab* ENDE in Commentat. de fatalium rigore iniquo, poenisque contumaciae temperandis. *Halae* 1737. Cap. I. §. 13. sqq.

75) Zu weit dehnt daher unstreitig *Nic. Christph.* L. B. *de* LYNCKER in Commentat. de Fatalibus. *Ienae et Lipsiae* 1742. 4. den Begriff aus, wenn er §. IV. cit. Comment. sagt: FATALIA sunt *certa quaedam temporum momenta, iuris vel hominis dispositione praefixa, intra quae aut quibus aliquid fieri debet, nisi quis iure suo auxilioque legali excidere, aut quandoque etiam poenam luere velit*; und nun FATALIA 1) actionum in iudicium dedu-

sten können nun entweder in der Vorschrift der Gesetze, oder in der Vorschrift des Richters, oder in dem Vertrage der streitenden Theile ihren Grund haben. Im erstern Falle werden sie gesetzliche Nothfristen, oder Fatalien in der strengern Bedeutung, im andern richterliche, im dritten gewillkührte Nothfristen genennet [76]). Die gesetzlichen Nothfristen sind wieder von zweyerley Art. Sie rühren entweder unmittelbar von der Vorschrift der Gesetze her, ohne daß die Mitwirkung des Richters dabey erforderlich ist, z. B. das fatale interponendae appellationis; oder sie müssen zugleich von dem Richter nach Maasgabe der Gesetze den Partheyen vorgeschrieben werden, z. E. die Beweisfrist, wenn eine solche durch besondere Landesgesetze, Prozeßordnungen oder Gerichtsgewohnheiten festgesetzt ist. Erstere werden absolute Nothfristen, letztere hingegen gemischte Nothfristen genennt. Daß ausser den Gesetzen auch der Richter den Partheyen Fatalien vorzuschreiben befugt sey, hat um so weniger einigen Zweifel, je mehr es demselben am Herzen liegen muß, daß Prozesse, die ohne ein solches Beschränkungsmittel gar leicht bis ins Unendliche gespielt werden könnten, ein gewisses Ende gewinnen [77]). Es können aber auch die Partheyen selbst

deducendarum, 2) processus, 3) exercendorum adhibendorumve beneficiorum, 4) iurium, und 5) aliorum actuum expediendorum, quibus quisque sibi prospicere, ac ius suum sartum tectumque conservare potest, annimmt.

76) Diese Eintheilung scheint mir richtiger zu seyn, als wenn man sie in *fatalia iuris, fatalia hominis* und *fatalia mixta* eintheilt.

77) *L. 13. pr. Cod. de iudiciis.*

selbst durch eine Uebereinkunft Fatalien eben so gut unter sich festsetzen, als sie sich in aussergerichtlichen und nicht streitigen Geschäften auf den Fall, da sie ihre Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllen würden, sich verwillkühren können, daß sie sodann gewisser Ansprüche oder Befugnisse verlustig seyn wollen. Man denke hier nur an den commissorischen Vertrag.

§. 266.

In wieferne können Fristen erstrecket oder abgekürzt werden? Wenn eher ist die Prorogation zu suchen? Kann der Richter auf Verabsäumung derselben von Amtswegen erkennen? Wie sind die Nothfristen in Zweifel zu erklären?

Da zufällige Hindernisse es den Partheyen nicht selten unmöglich machen, binnen der vorgeschriebenen Frist ihrer Obliegenheit ein Genüge zu leisten, so halten die Gesetze nicht nur das Gesuch um Fristerstreckung an sich für billig[78]), sondern sie verbinden auch sogar den Richter, die gebetene neue Frist zu verstatten[79]). Wenn nun gleich in Ansehung der Fristen selbst, deren Prorogation gesucht wird, kein Unterschied ist, ob sie gesetzliche, richterliche, oder gewillkührte sind, indem auch Ordnungsfristen aus rechtmäßigen Ursachen vom Richter ohne allen Zweifel erstrecket werden kön-

78) Humanum est, so rescribiren die DIVI FRATRES beym Callistratus *L. 36. pr. D. de iudiciis*, propter fortuitos casus dilationem accipi. Man vergleiche über diese Stelle WESTENBERGII Divum Marcum Dissert. IV.

79) *L. 1. C. de dilat.* Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur; spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit.

können [80]); so ist doch in Ansehung der gesetzlichen Nothfristen der Unterschied zwischen absoluten und gemischten Nothfristen nicht unbemerkt zu lassen, indem erstere die besondere Eigenschaft haben, daß sie weder vom Richter, noch von den Partheyen verlängert werden können [81]). Eben dieser Unterschied findet Statt, wenn die Frage entstehet, ob eine gesetzlich bestimmte Frist vom Richter abgekürzt werden könne? Der Regel nach stehet zwar dem Richter eine solche Befugniß nicht zu, denn der Richter darf nicht strenger seyn, als das Gesetz, und kann daher eine Parthey nicht eher ihres Rechts verlustig erklären, als wenn sie diese Strafe nach den Gesetzen verwirkt hat [82]). Ist jedoch von absoluten Nothfristen die Rede nicht, so verstatten zuweilen die Gesetze dem Richter aus rechtmäßigen Ursachen

80) *L.* 2. *L.* 4. §. 5. *D. de re iudic.* VOET ad Pandect. h. t. §. 12.

81) K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 29. §. 2. und Concept der K. G. O. Th. II. Tit. 32. §. 1. KNORRE cit. Diss. de recto dilationum usu §. XII. et XX. *ab* ENDE cit. commentat. de fatalium rigore iniquo. Cap. I. §. 19. pag. 47. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 1. Th. §. 279. Verschiedene Rechtsgelehrten sind zwar anderer Meinung. Sie behaupten, daß die Partheyen sogar das fatale interponendae appellationis durch eine gütliche Uebereinkunft verlängern könnten. S. *Io. Christ. Car.* IAN Diss. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendae appellationis. *Giessae* 1787. dem auch Danz in den Grundsätzen des ordentl. Prozesses §. 421. beystimmt. Allein schon Herr Geh. R. Klüber in der kleinen juristischen Bibliothek. 5. Bandes 20stes Stück. S. 479 f. und Herr Hofr. Gönner im Handbuch des gemeinen Prozesses 3. Th. Nr. LIX. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

82) VOET ad Pandect. h. t. §. 13. KNORRE cit. Diss. §. 21.

sachen eine Abkürzung der in denselben bestimmten Fristen, wenn solche der besondere Faveur der Sache, oder die Gefahr des Verzugs, oder Verhütung einer Chikane nothwendig macht [83]).

Wenn nun also eine auferlegte gerichtliche Handlung binnen der vorgeschriebenen Frist nicht kann verrichtet werden, so muß in Zeiten um Verlängerung derselben, und also um eine neue Frist gebeten werden. Um dieses richtig zu bestimmen, macht unser Verfasser zwischen Noth- und anderen Fristen einen Unterschied. In Ansehung der erstern muß die Verlängerung, so weit dieselbe den Rechten nach zuläßig ist, noch vor dem Ablauf derselben gesucht werden, weil durch Verabsäumung einer Nothfrist der andere Theil ein Recht erwirbt, auf Präclusion in Ansehung der auferlegten aber unterlassenen Handlung zu bringen. Ist hingegen nicht von Nothfristen die Rede, so kann die neue Frist so lange immer noch gebeten werden, als noch keine Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt ist. Ein unvermuthetes und unabwendliches Hinderniß erstreckt jedoch die Frist ipso iure, und schließt die Beschuldigung des Ungehorsams aus [84]). Noch ist in Ansehung der Nothfristen zu bemerken, daß, wenn sie absolute Fatalien sind, deren Verabsäumung den unmittelbaren Verlust des Rechts zur Folge hat, dieselben keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedürfen,

83) *L. 2. D. de re iudic.* Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus iudicati servat, sed *nonnunquam arctat*, nonnunquam prorogat, *pro causae qualitate et quantitate, vel personarum obsequio vel contumacia.*

84) MEVIUS T. II. P. VIII. Decis. 203. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 6.

dürfen, sondern der Richter von Amtswegen auf deren Verabsäumung erkennen müsse [85]). Im Zweifel sind jedoch Fatalien immer eher für berichtigt als für versäumt zu halten. Diese Vermuthung gründet sich auf Billigkeit, welche hier dem strengen Recht vorzuziehen ist. Zu Folge derselben ist daher, wenn die Sache zweifelhaft ist, jederzeit für diejenige Parthey zu sprechen, welche einer Desertion beschuldiget wird [86]).

Bey conventionellen Fristen hängt zwar alles von der Verabredung der streitenden Partheyen ab; jedoch ist das richterliche Ermessen dabey keinesweges auszuschließen. Es können daher solche Fristen aus erheblichen Ursachen vom Richter sowohl eingeschränkt als erweitert werden [87]).

§. 267.

Stillschweigende Fristverlängerung. Berechnung der Fristen. Rechtmäßige Einschränkung derselben.

Ist eine Frist zu rechter Zeit gesucht worden, aber keine Resolution von Seiten des Richters darauf erfolgt, so kann eine stillschweigende Bewilligung des Fristgesuches nur unter der Voraussetzung angenommen werden, wenn das Fristgesuch alle diejenigen Erfordernisse in sich enthält, ohne

85) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 279.

86) L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 422. BOEHMER Consil. T. II. P. I. Cons. CCCCXXXVII. nr. 20. Hofmanns teutsche Reichspraxis §. 279. Not. c. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. 13. Hauptst. §. 215. zu Ende.

87) KNORRE cit. Diss. §. 25.

ohne welche der Richter eine Verlängerung nicht einmal ausdrücklich ertheilen kann. Denn jedes Stillschweigen des Richters für eine Verlängerung anzunehmen, würde allen Grundsätzen widersprechen [88]). Es muß aber auch in jenem Falle die auferlegte Rechtshandlung binnen dem gebetenen Zeitraum schlechterdings bey Strafe der Präclusion eingebracht werden [89]). Die Fristerstreckung wird übrigens allemal erst vom Ablauf der vorigen Frist angerechnet [90]). Es wird auch bey Berechnung der Fristen der Tag, an welchem das Dilationsdecret insinuirt worden ist, gewönlich nicht mitgezählet [91]). Da Fristen ihrem eigentlichen Endzwecke noch dazu dienen sollen, damit keine Parthey in Beobachtung ihrer Rechtsnothdurft übereilt werde, und in dieser Hinsicht allerdings rechtliche Begünstigung verdienen, so darf ein Fristgesuch im Zweifel nicht versagt werden [92]). Indessen dürfen doch auch Fristgesuche nie zur Verzögerung des Rechtslaufs gemißbraucht werden. Daher ist keine Frist ohne Noth zu verstatten [93]). Wer also durch das Dilationsgesuch

88) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXII. §. 9. S. 172. ff. und Grolmans Theorie §. 127.

89) MEVIUS in Decision. T. II. P. VI. decis. 213.

90) MEVIUS P. VI. Decision. 28. L. B. *a* WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 310. *Aug. de* BALTHASER Tract. de terminis ac fatalib. iudicial. eorumque computatione. Cap. IV. §. 5. Claproth a. a. O. Nettelbladt im angef. Buch §. 31.

91) KNORRE cit. Diss. §. 24. Martins Lehrbuch des bürgerl. Proz. §. 124. Man s. jedoch Gmelins jurid. Archiv. 2. B. S. 210. ff.

92) Ge. *Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 740.

93) *L. 7. D. h. t. L. 36. pr. D. de iudiciis. L. 1. et 4. Cod. de dilationib. L. 2. Cod. de temp. et reparat. appellat.* Reichsabsch.

gesuch von dem Richter eine Verlängerung der Frist zu erhalten für nöthig findet, muß seine darauf gerichtete Bitte dadurch unterstützen, daß er Ehehaften (§. 260.) anführt, welche die Gewährung seines Gesuchs nothwendig machen, oder doch so beschaffen sind, daß die Billigkeit dieselbe erfordert [94]). Gemeiniglich wird jedoch die erste Fristverlängerung auf das bloße Gesuch, ohne erforderliche Ausführung und Bescheinigung besonderer Hindernisse, ertheilet [95]).

§. 268.

Wie oft kann eine neue Frist gesucht werden?

Noch ist die Frage zu erörtern, wie viel Fristen einer Parthey auf ihr Gesuch verstattet werden können? Unser Verfasser behauptet, daß hierbey alles auf richterlicher Willkühr beruhe. Allein wenn dieses gleich die gemeine Lehre vieler Rechtsgelehrten [96]) ist, so stimmen doch die Gesetze damit nicht überein [97]). Denn nach klarer Vorschrift derselben

absch. vom Jahr 1654. §. 103. WESTENBERG in Divo Marco Diss. IV. §. 2. sqq. KNORRE cit. Dissert. §. 14.

94) Nettelbladt in der angef. Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 201.

95) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 463. nr. 7. *Christ.* ITZSTEIN Diss. de usu recessus Imp. novissimi de a. 1654. in iudiciis Moguntinis. (*Moguntiae* 1787.) Obs. 2.

96) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 34. *Iust. Henn.* BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. u. a. m.

97) Eben dieses haben auch schon andere Rechtsgelehrten erinnert und daher jene Meinung verworfen; man vergleiche *Casp* ZIEG-

selben soll im bürgerlichen Prozesse **über einmal** keine Frist erstrecket werden [98]). Auch selbst die Beweisfrist ist von dieser Regel nicht ausgenommen. Vielmehr sagen die Kr. Diocletian und Maximian [99]) ganz ausdrücklich: Quod ita constitutum iudicantes sentire debebunt, *ut hac ratione non sibi concessum intelligant dandae dilationis arbitrium*, sed eandem dilationem, *si rerum urgentissima ratio flagitaverit, et necessitas desideratae instructionis exegerit*, non facile amplius quam semel, nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam. Nur bey einem eintretenden neuen ganz unvermutheten Hinderniß soll ein wiederholtes Fristgesuch Statt finden [100]), jedoch auch dieses anders nicht, als wenn solches genugsam bescheiniget und mittelst Eides für Gefährde noch bestärket wird [1]). Zwar behauptet Hellfeld, daß erst dann, wenn **zum drittenmal** um Fristverlängerung gebeten wird, diese gesetzmäßige Feyerlichkeit, — so nennt man die bey wiederholtem Fristgesuche

ZIEGLER in Dicastice Concl. 28. *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. Diss. V. §. 7. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

98) *L. ult. D. h. t.* Jüngst. Reichsabsch. §. 103.

99) *L. 1. Cod. de dilationibus.* Daß in diesem Gesetz nicht von der Bestimmung der Beweisfrist selbst, sondern blos von Erstreckung derselben die Rede sey, hat gegen LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 258. med. 2. gründlich erwiesen KNORRE cit. Dissertat. §. 17.

100) *L. 7. D. h. t.* Oratione quidem D. MARCI amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem, expressum est; sed utilitatis litigantium gratia, causa cognita, et iterum dilatio impertiri solet; et maxime *si aliquid inopinatum emergat.*

1) Jüngst. Reichsabsch. vom J. 1654. §. 50.

gesuche erforderliche Eidesleistung für Gefährde, — zu beobachten sey. Eben dieses ist die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [2]). Allein auch diese Meinung beruhet auf einem Mißverstande der Gesetze. Der jüngste Reichsabschied [3]) sagt nur, daß schon bey der dritten Dilation diejenige Feyerlichkeit der Rechte, die bey der vierten bisher gebräuchlich gewesen [4]), in Acht genommen werden solle. Diese dritte Dilation ist aber nicht eine dritte Fristerstreckung, wie man glaubt. Denn die erste Dilation ist hier die der Parthey vorgeschriebene Beweisfrist selbst, von welcher in der bemerkten Stelle des jüngsten Reichsabschiedes die Rede ist. Folglich ist die dritte Dilation erst die zweyte Fristverlängerung [5]). Die aus dem römischen und canonischen Rechte [6]) angeführten Stellen reden gar nicht von der Erstreckung der Beweisfrist, sondern, wie schon Stryk [7]) bemerkt hat, von der Production der Zeugen, welche zum viertenmal nicht anders, als nach geleistetem Eide für Gefährde, verstattet werden soll. Ist das angeführte Hinderniß notorisch, so wird der Eid für Gefährde nicht für nö-

 thig

2) BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 9. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 463. S. 614.

3) In dem angef. §. 50.

4) K. R. Kammergerichtsordn. I. Th. Tit. 92. Concept der K. G. O. Th. III. Tit. 21. §. 10.

5) Man sehe hier besonders WERNHER lectissimae commentat. ad Pand. h. t. §. 9. pag. 223. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 740. und Grolmans Theorie §. 127. b. S. 238.

6) *Nov. XC. cap. 4. Cap. penult. X. de testibus.*

7) in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 18.

thig gehalten [8]). Man behauptet auch, daß der Richter solchen aus hinreichenden Gründen den Partheyen nachzulassen berechtiget sey [9]), welches jedoch andere darum nicht ohne Grund bestreiten, weil dieser Eid aus der Vorschrift der Gesetze herrührt, von welcher der Richter nicht nach Willkühr abgehen darf. Wenigstens dürfte doch der Eid nicht ohne Einwilligung des Gegentheils nachgelassen werden [10]). Sollten ganz unabwendliche, noch immer fortdauernde Hindernisse vorhanden seyn, so ist unter solchen Umständen der Richter eine Ausnahme zu machen wohl befugt [11]), und in dieser Hinsicht läßt sich behaupten, daß bey Fristverlängerungen das richterliche Ermessen nicht ganz auszuschließen sey.

Uebrigens behauptet unser Verf. noch zum Beschluß, daß eine Frist, wenn sie auch durch ein falsches Vorgeben erschlichen worden, dennoch ihre Wirkung nicht verliere. Allein auch dieser Satz läßt sich mit der Rechtsanalogie nicht vereinigen, und wird von den meisten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet [12]).

§. 269. a.

8) BARTH Diſſenſ. in praxi Centur. II. Diſſ. 124. §. 2. Hofmanns T. Reichspraxis. 1. Th. §. 282. Not. r. *Ge. Lud.* BOEHMER c. l. §. 740.

9) *de* BERGER in Elect. disceptat. forenſ. Tit. XX. pag. 674. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. VIII. §. 3. Danz in den angef. Grundsätzen §. 463. S. 614.

10) MEVIUS in Deciſion. T. II. Part. VI. Deciſ. 54. Estors Anfangsgründe des gem. und R. Prozesses §. 147. Nr. III.

11) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 131. S. 101. MEVIUS P. II. Deciſ. 368. et. 369.

12) MEVIUS T. II. P. IX. Deciſ. 24. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. XXXII. §. 44. Nr. V.

pag.

§. 269 a.

Von den verschiedenen Berechnungsarten der Zeit, und den daher entstehenden Eintheilungen derselben. I) Berechnung des *temporis continui* und *utilis*.

Nicht nur den gerichtlichen, sondern auch den aussergerichtlichen Handlungen der Menschen haben die Gesetze mancherley Zeitfristen an Jahren, Monaten und Tagen vorgeschrieben, von deren **Berechnungsart** noch kürzlich zu handeln ist [13]).

Die **Zeit berechnen** heißt den Anfang und das Ende eines gegebenen Zeitraums bestimmen. Die Zeitberechnung setzt also immer eine Zeitreihe von einer gewissen Dimension voraus. In Absicht auf dieselbe werden in dem römischen Rechte zwey Gattungen der Zeit angegeben. Die eine ist die **empirische** in der Erscheinung, welche von dem er-

 sten

pag. 827. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVII. Not. 8. BARTH Dissens. in praxi Centur. II. Diss. 126. Hofmanns T. Reichspraxis §. 282. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 4323.

13) Man bemerke hier EUSTATHII, Antecess. olim Constantinopolitani, de varia temporum in iure civili observatione libellus. *Basiliae opera Simon.* SCHARDII 1561. 8. (et in LEUNCLAVII *Iure Graeco Rom.*) *Alb.* GENTILIS Lib. de diversis temporum appellationibus. *Vitemb.* 1546. 8. *Io. Car.* ANTONELLI Tr. de tempore legali. *Romae* 1660. fol. LAUTERBACH Diss. de varietate temporum. *Tubing.* 1659. und besonders Gmelin über Zeit und Zeitberechnung nach römischen Rechtsprincipien; (im critischen Archiv der neuesten juridischen Litteratur und Rechtspflege in Teutschland. 1. Band. Tübingen 1801. 4. Heft. S. 577. ff.)

sten Moment der ihr vorgezeichneten Reihe an, unausgesetzt in einer steten Bewegung bis zu dem vorgesteckten Ziel hin fortläuft. Bey der Berechnung derselben werden daher alle Tage, so wie sie auf einander folgen, gezählet, unangesehen, ob sie Feyer- oder Gerichtstage sind, ob man Gelegenheit, sein Recht zu verfolgen, gehabt hat, oder nicht. Sogar keine Unwissenheit, wenn sie auch ganz schuldlos ist, sie betreffe das Recht, oder Thatsachen, kann den Lauf einer solchen Zeit hindern [14]). Nur das moralische Unvermögen eines Menschen zu handeln, und der Mangel der Geisteskräfte, welche die positiven Gesetze in gewissen Umständen bey seinem Benehmen fordern, können einen Stillstand in dieser Zeitberechnung verursachen. Diese erste Gattung der Zeit wird *tempus continuum*, die stete Zeit genennt. Die andere Gattung derselben, welche aus einem Vernunftprinzip ausgeflossen ist, besteht aus einer Composition größerer Zeittheile, die durch die Einheit des Zwecks, der damit erzielet wird, mit einander verbunden sind. Diese ist ein Aggregat einzelner Zeittheile, welche in keiner andern Verbindung mit einander stehen, als daß jeder derselben zu dem in Frage liegenden Geschäft verwendet werden kann. Man kann sie daher die zusammengesetzte Zeit nennen. In unserm römischen Gesetzbuche wird sie *tempus utile*, eine nützliche Zeit genennt, weil sie nur solche Tage in sich schließt, die der, welchem eine solche Zeit vorgeschrieben ist, zu seinen Absichten benützen kann, und wovon alle andern Tage ausgeschlossen sind, in welchen einer

14) L. 8. D. *de his qui not. infam.* L. *ult.* C. *de dolo.* L. 3. C. *de praescript.* XXX. *vel* XL. *annor.* L. 5. C. *de ad* L. *Iul. de adult.*

einer verhindert ist, seine Angelegenheiten zu besorgen [15]). Diese Art von Zeit hat also das Unterscheidende, daß bey der Berechnung derselben nur allein diejenigen Tage gezählet werden, wo man ganz ungehindert sein Recht auszuüben, oder gerichtlich zu verfolgen im Stande war. Feyertage, Unwissenheit, Abwesenheit, und andere Hindernisse unterbrechen daher den Lauf dieser Zeit. Ulpian [16]) bestätiget dieses ganz deutlich, wenn er *lib.* 49. *ad Edictum* sagt: Ita autem UTILE TEMPUS est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet, ut per singulos dies et sciverit et potuerit admittere (*bonorum possessionem*); caeterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Es kommt demnach bey der Berechnung des temporis utilis, wenn insonderheit von Rechtsmitteln und Klagen die Rede ist, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte, *lib.* 47. *ad Edictum* [17]) sehr genau ausführt, auf drey Hauptpucte an: a) in Ansehung des Klägers, *ut sit facultas agendi.* Hierzu ist aber noch nicht hinreichend, daß der Kläger nicht gehindert sey, die Klage anzustellen, sondern er muß auch wissen, daß ihm

15) *Marc. Ant.* BARDI Opusc. de tempore utili et continuo, in *Tractatu Tractatum* T. V. f. 210. sqq. *Io. Frid.* BILGER Diss. de diebus continuis. *Altorfii* 1709. *Christ. Aug.* STÖLTZER Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. *Lipsiae* 1791. und vorzüglich Gmelin über die stete und zusammengesetzte Zeit nach römischen Rechtsprincipien; (in dem angeführten juridischen Archiv. 2. Band. 2. Heft. S. 193. ff.)

16) L. 2. *pr.* D. *quis ordo in possessionib. servetur.*

17) L. 1. D. *de divers. temporal. praescript.*

ihm das Recht zu klagen zustehe. Daher sagt Cajus [18]) qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Jedoch entschuldiget bey dieser Zeitberechnung nur eine Unwissenheit in Ansehung der Thatumstände, nicht in Ansehung des Rechts [19]), wenn nicht etwa der Kläger eine solche Person ist, welcher die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, wie z. E. Minderjährige, Weibspersonen, Soldaten [20]). Ist also der Kläger gehindert, seine Klage anzustellen, so läuft ein tempus utile nicht, wenn gleich der Beklagte zur Antwort bereit gewesen, auch genug Gerichtstäge wären gehalten worden [21]). Allein es wird auch b) von Seiten des **Beklagten** erfordert, *ut experiundi secum faciat potestatem*, wie Ulpian a. a. O. sagt. Wenn daher auch der Kläger ungehindert wäre, so läuft doch die Zeit nicht, wenn sich bey dem Beklagten Umstände finden sollten, weßhalb man ihn nicht verklagen kann [22]). Endlich,

18) *L. 6. D. de Calumniat.* Add. *L. ult. C. de dolo malo.*

19) *L. 1. §. 1. D. de iur. et facti ignor. L. 10. D. de bonor. possession.* und *L. 6. C. qui admitti ad bonor. possess.* Conf. *Rad* FORNERIUS Lib. II. Rerum quotidianar. c. 14. in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 175.

20) *L. 9. §. 1. D. de iur. et facti ign.*

21) *L. 4. D. de div. temp. praescr.* und *L. 25. D. de stipulat. servor.* scheinen zwar zu wiedersprechen; allein CUJACIUS lib. XVI. Observat. cap. 38. hat diese Stellen ganz richtig von dem Falle erklärt, da sich der Beklagte selbst eine gewisse Zeit gesetzt hat, binnen welcher allein er haften will. Siehe auch Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz ꝛc. §. 811. S. 620.

22) Beyspiele hiervon werden angeführt in der *L. 1. §. 1. L. 21 — 26. et 28. §. 4. D. ex quib. caus. maior.*

lich, wenn auch beyde Theile ungehindert wären, so kommt es c) noch darauf an, *ut magistratus quoque vel judex, coram quo causa agitur, sui copiam faciat*, welches Ulpian zur Berechnung des temporis utilis ausdrücklich erfordert[23]). Es kommt also hauptsächlich auch darauf an, ob Gericht gehalten worden. Denn nur diese Täge werden gezählt. Ulpian erläutert dieses an einem andern Orte[24]) durch das Beyspiel der Appellationsfrist sehr genau. Dies autem istos, sagt er, quibus appellandum est, ad aliquid *utiles* esse, Oratio D. MARCI voluit, si forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli dentur; ait enim: *Is dies servabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — Adeundi autem facultatem semper accipimus, si in publico sui copiam fecit: caeterum si non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non accesserit? magisque est, ut non debeat imputari: *quare si in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuisse adeundi*[25]). Bey den Römern hieng diese facultas adeundi noch insonderheit von der Verschiedenheit der Geschäfte ab, denen sich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entstand eine sehr wichtige Eintheilung der Ge-

23) *L. 1. D. de div. temp. praescr.* Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit. *Proinde hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit.*

24) *L. 1. §. 7. 8. et 9. D. quando appelland. sit.*

25) Ueber diese Stelle ist zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Dissertat XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptsächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Untersuchung gerichtlicher Privatrechtssachen bestimmt, und hießen *dies sessionum* seu *cognitionum*. Andere hingegen waren solchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Untersuchung, auf das bloße Anbringen oder Gesuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was sein Amt erforderte, und wurden daher *dies postulationum* genennt [26]). Wenn nun also die Eigenschaft des Geschäfts, zu dessen Verrichtung ein tempus utile vorgeschrieben war, eine gerichtliche Untersuchung nothwendig machte, so konnten bey dieser Zeitbestimmung nur die dies sessionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieses in einem Beyspiele von der bonorum possessio ganz einleuchtend: Dies bonorum possessionis, sagt er [27]), utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae, quibus sedit is: quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. Aus diesem allen erklärt sich nun, die in den Edicten des Prätors so oft vor-

26) Von dem Unterschiede der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. sqq. *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. L. I. Cap. 8. et 9. et *Phil.* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

27) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in possess. servetur.*

vorkommende Clausel: *quam primum experiundi potestas erit* [28]).

Zuweilen ist die Zeit gemischt. Sie kann in der einen Rücksicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile seyn [29]). Es giebt nämlich Fälle, wo die Zeit in Absicht auf ihren Anfang nützlich, in Rücksicht des Laufes hingegen stete ist; das heißt, zuweilen fängt mir eine gesetzliche Frist nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewissen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder sonst Gelegenheit gewesen, mein Recht auszuüben; sie hat aber hernach einen ununterbrochenen Fortgang. Ein Beyspiel hiervon giebt uns die legale Deliberationszeit von einem Jahre, die dem Erben, ohne daß er darum zu bitten braucht, schon nach den Gesetzen zustehet. Diese Zeit wird erst von dem Tage an gerechnet, da der Erbe erfahren, daß ihm die Erbschaft zugefallen sey. Läuft aber alsdenn ununterbrochen fort [30]). Hierher gehört auch die gesetzliche Appellationsfrist, welche nach dem neuern Röm. Rechte zehn Tage beträgt [31]). Diese fängt erst von der Zeit zu laufen

28) *L. 1. pr. D. quae in fraud. creditor. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maiores. L. 1. pr. D. uti possidetis.*

29) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Institutionen §. 666.

30) *L. 19. Cod. de iure deliber.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 548.

31) *Nov. XXIII. cap. 1.* Nach dem ältern röm. Rechte waren in eigenen Sachen nur zwey, in fremden aber drey Tage gesetzt. *L. 1. §. 5. 11. et sqq. L. 2. pr. et §. 1. et 3. D. quando appelland. L. 3. D. et L. 6. Cod. de appellat.*

laufen an, wo man theils von dem ergangenen richterlichen Erkenntniß hinreichende Wissenschaft erlangt, theils aber auch Gelegenheit gehabt hat, dem Richter die Appellationsschrift zu überreichen [32]). Uebrigens aber werden in dem Laufe derselben alle Tage, auch Feyer- und Festtage gezählet [33]).

Es lassen sich also in Absicht auf diese Art der Zeitberechnung eigentlich drey Fälle gedenken.

I) Kann eine gewisse gesetzlich bestimmte Zeit sowohl in Rücksicht ihres Anfangs als Fortgangs ein tempus continuum seyn. Man kann diese eine durchaus stete Zeit nennen. Die Berechnungsart findet bey dem Trauerjahre der Wittwen [34]), dem zweyjährigen Zeitraum bey der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes [35]), den gerichtlichen Dilationen [36]), der acquisitiven Verjährung [37]), u. d. gl. statt.

II) Kann

32) *L. 1. §. ult. D. quando appell. Nov. XXIII. c. 1. L. 1. §. 7. D. quando appelland.*

33) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinianeo P. X. Cap. I. §. 6. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XLII. §. 6. *Car. Christ.* HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Ger. T. I. §. 178.

34) *L. 8. D. de his, qui not. infam.*

35) *L. 14. pr. C. de non numer. pec. §. un. I. de litter. obligat.*

36) *L. 3. Cod. de dilation. L. 2. Cod. de temp. et repar. appell.*

37) *L. 31. §. 1. D. de usurpat. et usucap. L. ult. Cod. de praescript. longi temp. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. anor.*

L. 1.

II) Kann eine gesetzliche Frist sowohl in Absicht auf ihren **Anfang**, als in Absicht auf den **Lauf** derselben ein tempus utile seyn. Dies kann man eine **durchaus nützliche Zeit** nennen. Ein vorzügliches Beyspiel davon giebt die Zeit, binnen welcher die Bonorum possessio gebeten werden muß. Diese fängt erst an zu laufen, wenn man nicht nur hinreichende Wissenschaft von dem Tode des Erblassers, und denjenigen Thatumständen erhalten hat, unter welchen einem die bonorum possessio deferirt worden [38]), sondern auch sonst dieselbe gerichtlich zu agnosciren durch nichts gehindert ist [39]); und in dem Laufe derselben werden nur diejenigen Tage gezählet, da der Prätor vor Gericht diejenige Art der bonorum possessio zu ertheilen pflegt, von

L. 1. §. ult C. de ann. except. L. ult Cod. de fund patrimon. Bey der extinctiven Verjährung kommt es auf die Dauer der Klagen und zuständigen Rechtsmittel an, unter denen einige sind, die ein tempus utile zu ihrer Dauer haben, andere, denen ein tempus continuum gesetzt ist. Zu den letztern gehört die bürgerliche Erbschaftsklage. Zu den erstern aber die Klage wider eine Wittwe, welche durch fälschlich vorgegebene Schwangerschaft den Besitz der Verlassenschaft ihres Mannes erhalten. *L. un. §. 3. D. si mulier. ventris nomine in possess. calumniae causa esse dic.* Ferner das Interdictum unde vi. *L. 1. §. 39. D. de vi et vi armata, L. 2. C. unde vi.* und das Interdictum uti possidetis. *L. 1. pr. D. uti possid.* u. d. m.

38) *L. 10. D. de bonor. possess. L. 2. pr. et §. ult. D. quis ordo in possession. servet.* Scientiam autem eam observandam POMPONIUS ait, non quae cadit in Iurisprudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias consulere dignum sit.

39) *L. 8. Cod. qui admitt. ad bon. possess.*

von welcher die Frage ist. So z. B. wurden bey einer solchen bonorum possessio, die ohne vorhergehende Untersuchung de plano verfügt werden kann, nur die dies postulationum, nicht die dies sessionum, und letztere hingegen nur allein bey einer solchen bonorum possessio gezählet, die eine vorhergehende Untersuchung und obrigkeitliches Decret erfordert [40]). Endlich

III) kann ein gesetzlicher Zeitraum nur im Anfange nützlich, und stet im Verfließen seyn. Die Gesetze nennen eine solche Zeit ein *tempus ad aliquid utile* [41]). Beyspiele sind oben angeführt worden.

Noch ist die Frage zu erörtern, nach welchem Grundsatz diejenigen Zeitfristen zu beurtheilen sind, bey welchen in den Gesetzen die eine oder die andere Berechnungsart nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist? Die Rechtsgelehrten haben sich mehrmals bemühet, hiervon allgemeine Regeln aufzustellen, allein ihre Versuche sind zum Theil vergeblich gewesen [42]). Am richtigsten haben unstreitig diejenigen Rechtsgelehrten [43]) die Sache bestimmt, welche zur Regel annehmen,

daß

40) *L. 2. §. 1. et 2. D. quis ordo in possessionibus. servet.*

41) *L. 1. §. 7. D. quando appelland.*

42) Man vergleiche z. B. *Ant.* GOVEANUS lection. var. iuris civ. Lib. I. c. 10. RITTERSHUSIUS in Iure Iustinian. P. VI. cap. 8. §. 40. DONELLUS Commentar. iuris civ. L. XVI. cap. 8. Allein daß die von diesen Rechtsgelehrten aufgestellten Regeln unrichtig sind, hat STOELTZER cit. Exercitat. iuris civ. Cap. VII. deutlich erwiesen.

43) GENTILIS de divers. tempor. appellation. cap. XIV. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris civ. (*Genevae* 1633. 4.) Lib. I. cap. 10.

daß unter einer in den Gesetzen ohne weitere Bestimmung ihrer Berechnungsart vorgeschriebenen Zeitfrist im Zweifel ein *tempus continuum* zu verstehen sey[44]), ausgenommen, wenn von prätorischen Klagen die Rede ist, bey welchen eine schlechthin vorgeschriebene Zeit im Zweifel für ein *tempus utile* zu erklären ist[45]). Der Grund von dieser Regel ist, weil die Berechnungsart des temporis continui natürlich ist, und keiner gesetzlichen Bestimmung weiter bedarf; die Berechnung des temporis utilis

cap. 10. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 36. et 37. (*Oper. Tom. II. pag. 81.*) und STOELTZER cit. Exercit. iur. civ. Cap. VII. pag. 44. sqq.

44) Zu Folge dieser Regel wird also die Zeit der zwanzig Jahre in *L. 12. C. ad L. Cornel. de fals.* der zehen Jahre in *L. 27. C. de testam.* der fünf Jahre in *L. 8. §. 4. C. de repud.* und *L. 2. Cod. de vectigal. et commiss.* der vier Jahre in *L. 3. C. de quadrienn. praescr.* der Jahresfrist in *L. un. §. 7. C. de rei ux. act. §. 6. I. de SCto Tertull. L. 10. C. de legit. hered. L. ult. §. 3. C. de iure delib. Nov. I. c. ult.* der zwey Monate in *L. 36. C. ad L. Iul. de adult.* der dreyßig Tage in *L. 14. §. 2. C. de non num. pecun.* und *L. 24. C. de. appellat.* von einem tempore continuo verstanden werden müssen.

45) Beyspiele kommen vor in *§. 5. I. de action. L. un. §. ult. D. si quis ius dic. non obtemp. L. 24. D. de in ius voc. L. 5. §. ult. D. ne quis eum, qui in ius voc. L. 1. §. ult. D. de eo, per quem fact. erit. L. ult. D. de edendo. L. 5. §. 5. D. de his, qui effuder. L. 9. §. 1. D. quod falso tutor. auct. L. 14. pr. et L. 16. D. de aqua et aquae pluv. arc. L. 1. pr. D. de publican. L. 21. L. 22. §. ult. D. de liberali causa. L. 1. §. ult. D. ne vis fiat ei, qui. L. 9. §. ult. D. de reb. auct. iudic. possid.* u. a. m.

utilis aber ganz der Billigkeit der Prätoren, und der ihrem Beyspiel folgenden Interpretation der römischen Rechtsgelehrten ihren Ursprung verdankt, doch nie zur allgemeinen Regel geworden ist. Haben die Gesetze zwar ein *tempus utile* zur Dauer eines Rechtsmittels ausdrücklich vorgeschrieben, aber in Ansehung dieser besondern Berechnungsart keine nähere Bestimmung noch Einschränkung beygefügt, so ist ein solcher Zeitraum sowohl in Rücksicht des Anfanges als Fortganges *utiliter* zu berechnen [46]). Diese Regel beruhet auf dem bekannten Grundsatz: lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere.

Justinian hat zwar in einigen Fällen, z. B. bey der prätorischen Restitution [47]), das in den ältern Gesetzen vorgeschriebene tempus utile abgeschafft, und in ein continuum verwandelt; allein es würde den Regeln einer gesunden Auslegung zuwider seyn, wenn wir dieses auch auf alle übrigen Fälle ausdehnen wollten. Denn scheint gleich der Grund, welchen dieser Kaiser selbst in einer gewissen Verordnung [48]) anführt, daß nämlich die Berechnungsart des temporis utilis mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey, ganz allgemein zu seyn, so kann doch das, was von besondern Fällen verordnet ist, als allgemeine Aufhebung des temporis utilis um so weniger betrachtet werden, da die vier-

46) GENTILIS cit. loc. sagt: *Si de utili simpliciter dicitur, totum utile adsumi tempus oportet, si quidem nostrum non est, distinguere.*

47) *L. ult. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

48) *L. 1. Cod. de annali except.*

vierjährige Zeitfrist, welche Justinian an die Stelle des bey den prätorischen Restitutionen ehemals üblich gewesenen anni utilis gesetzt hat, nicht auf jeden andern Fall paßt, in welchem kein annus utilis, sondern eine kürzere oder längere Zeit vorgeschrieben ist. Ich stimme daher ohne Bedenken der Meinung des Cujaz [49]) und Balduins [50]) bey, welche das, was Justinian in einigen besondern Fällen wegen Abschaffung des temporis utilis verordnet hat, nur für eine Ausnahme von der Regel halten [51]).

§. 269. b.

II) Natürliche und bürgerliche Zeitberechnung.

Eine andere, von der vorigen ganz verschiedene Berechnungsart der Zeit ist diejenige, da das tempus in dem römischen Rechte bald naturaliter, bald civiliter berechnet wird [52]). Diese Art der Zeitcomputation ist von

49) Observation. Lib. II. cap. 18.

50) in Iustiniano Lib. III. pag. 257. (*edit. de a.* 1596. 8.)

51) Man vergleiche hier auch Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts §. 13. Nr. 4. S. 68. der ersten Ausgabe.

52) Die Hauptschrift in dieser Materie ist *Io. Conr.* RÜCKERI Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure, welche mit seinen *Observationibus et Interpretationibus* zu Leiden 1749. 8. herausgekommen ist. Jedoch ist damit zu verbinden *Ge. Frid.* HOLTZHAUER Diss. de tempore in iure civiliter ac naturaliter computando. *Regiomonti* 1779. worin jene Schrift des Rückers in manchen Stücken noch ergänzt und berichtiget worden ist. Vorzüglich aber Kochs Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag. Gies-

der erstern, von welcher bisher gehandelt worden, ganz verschieden, denn es kann ein tempus continuum in vielen Fällen eben sowohl civiliter als ein tempus utile wiederum naturaliter berechnet werden, wie in der Folge deutlicher erhellen wird.

A) Die natürliche Zeitberechnung ist diejenige, bey welcher das Jahr oder der Tag von dem Anfange des ersten Moments desselben bis zum völligen Ablauf des letzten Moments gezählet wird. Die Gesetze sagen, cum tempus *a momento in momentum* computatur [53]). Die Fälle, wo die natürliche Zeitberechnung angewendet werden muß, lassen sich in folgende Klassen abtheilen [54]). Sie dient

I. für Rechtsverhältnisse zum Maaßstabe, die auf natürliche Eigenschaften des Menschen sich beziehen, sie betreffen nun die Entwickelung oder Abnahme seiner körperlichen oder Geisteskräfte, in sofern sie auf gewisse Stuffen des menschlichen Alters nach einem von dem gewöhnlichen Lauf der Dinge angenommenen Durchschnitt berechnet sind. Dies ist der Fall bey der zur Schließung einer Ehe [55]), ferner zur Endigung der Tutel [56]) erforderlichen Pubertät.

Nach

Giessen 1796. 8. und Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 12. ff. im Archiv für die jurid. Litteratur. 1. B. S. 596. ff.

53) *L. 3. §. 3. D. de minorib. L. 6. D. de usurpat. et usucap.*

54) Gmelin a. a. O. §. 19. S. 612.

55) *L. 4. D. de ritu nupt. L. 24. C. de nupt. Nov. 100. cap. 2.*

56) *Pr. I. Quib. mod. tut. fin. L. ult. Cod. Quando tut. vel curat. esse desinat.*

Nach der nämlichen Analogie muß auch die Zeit der Volljährigkeit berechnet werden, wenn von Endigung der Curatel die Rede ist. So kann ferner auf die Befreyung von öffentlichen Dienstleistungen für den Staat (muneribus publicis), zu deren Verrichtung vorzüglich Anstrengung körperlicher Kräfte erfordert wird, Niemand eher, als nach wirklich zurückgelegtem siebenzigsten Jahre, Anspruch machen [57]).

II. Alle die Fälle, wo von dem Verlust oder der Extinction eines Rechts nach einem bestimmten Zeitverlaufe die Rede ist, qualificiren sich zu der Naturalzeitcomputation. Dahin gehört die Berechnung der geendigten Minderjährigkeit, wenn über die Zuläßigkeit der Restitution gegen ein nachtheiliges Rechtsgeschäft wegen minderjährigen Alters gestritten wird [58]). Ferner die Erlöschungszeit der Klagen [59]). Diese muß bis auf die letzte Minute abgelaufen seyn, wenn das Klagrecht des Gläubigers durch Verjährung erlöschen soll. Eben dies gilt von der Dauer der zwey Jahre bey der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes [60]).

III. Wenn für die Bezahlung einer Schuld eine gewisse Frist zur Erleichterung des Schuldners bestimmt ist, sie sey in einem Testament oder durch Vertrag festgesetzt, so

57) *L. 2. pr. D. de excusat. L. 3. D. de iure immunit.*

58) *L. 3. §. 3. D. de minor.*

59) *L. 6. D. de oblig. et action.* Das Gesetz redet zwar nur von Temporalklagen, das Nämliche gilt aber auch von perpetuirlichen. *L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. annor.*

60) *L. 8. et 9. C. de non num. pecunia.*

so kommt dem Schuldner noch der ganze letzte Tag zu gute [61]).

IV. Wenn unter Verwirkung einer Strafe für die Entrichtung einer Schuldigkeit ein gewisser Zeitraum angeordnet ist, so tritt die Strafe gegen den Saumseligen erst nach dem Verfluß des letzten Augenblicks der vollen Zeitreihe ein. Dies ist der Fall bey der Strafe, die in Verlust der Emphyteusis besteht, wenn der Emphyteuta innerhalb zwey oder drey Jahren den Canon zu bezahlen unterlassen hat [62]). Endlich

V. sind alle Zeitbestimmungen unter einem Jahre der Naturalzeitcomputation untergeordnet [63]), es sey von Tagen, Wochen oder Monatsfristen die Rede; weil die Civilzeitberechnung nur auf das Jahr beschränkt ist [64]).

B) Die **bürgerliche** oder **Civilzeitcomputation** wird hingegen diejenige genennt, bey welcher der Anfang eines gegebenen Zeitabschnittes, so bald er eingetreten, auch schon für das Ende desselben angesehen wird. Von dieser Zeitberechnung giebt es zweyerley Arten.

I. Wenn ein gewisser ganzer Hauptzeitraum gleich mit dem Anfange desselben schon für vollendet gehalten wird. Hier heißt es: *totum tempus coeptum habetur pro completo.* Dies ist der Fall bey legatis annuis. Ein solches Legat kann

61) *L. 27. L. 42. L. 99. §. 1. D. de Verb. obligat.*

62) *L. 2. C. de iure emphyt.*

63) *L. 1. D. de glande leg. L. ult. D. de err. advoc.*

64) *L. 134. D. de Verb. Sign.*

kann gefordert werden, wenn der Legatar nur das erste Moment des angehenden Jahres erlebt hat [65]).

II. Wenn nur ein gewisser letzter Theil einer bestimmten Zeitreihe, sobald er angefangen ist, auch für vollendet geachtet wird. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

1) Wenn mit dem Anfang des letzten Tages die erforderliche Zeit vollendet ist. Hier gilt die Regel: *ultimus dies coeptus habetur pro completo.* Diese findet Statt,

a) Bey der Bestimmung der zum Testiren erforderlichen Mündigkeit. Diese tritt ein mit der ersten Stunde des Kalendertages, welcher dem Geburtstage vorhergeht [66]).

b) Bey der acquisitiven Verjährung. Diese ist vollendet, sobald der letzte Tag erschienen ist; und dieser ist nicht der Tag, an welchem man den Besitz der Sache erhielt, sondern der vorletzte Kalendertag [67]).

2) Zuweilen wollen die bürgerlichen Gesetze, daß eine bestimmte Zeit schon für erfüllt gehalten werden solle, wenn man das letztere Jahr auch nur angefangen hat. Diese

65) *L. 5. L. 8. D. de legat. annuis.*

66) *L. 5. D. qui testam. fac. poss.* S. Koch in den angeführten Belehrungen §. 13. und Gmelin a. a. O. §. 17. S. 607. ff.

67) *L. 6. et 7. D. de usurp. et usucap.* Die ältern römischen Juristen vor Ulpian sahen auf den letzten Besitztag, und rechneten blos diesen civiliter, wie aus *L. 15. pr. D. de div. temp. praescr.* erhellet. S. Kochs Belehrungen §. 12. S. 89. ff. auch Gmelin a. a. O. §. 16. S. 606.

Art der bürgerlichen Zeitberechnung findet besonders bey der Bewerbung um öffentliche Ehrenstellen und Aemter im Staate ihre Anwendung, bey welcher zwar ein Alter von fünf und zwanzig Jahren gesetzlich vorgeschrieben ist, jedoch der Anfang des letzten Jahres so gut als dessen Vollendung angesehen werden soll [68]). Auf andere Fälle hingegen, z. B. wenn die Gesetze ein gewisses Alter erfordern, um von einem lästigen Amte befreyet zu seyn, ist diese Computation nicht anzuwenden [69]). Auch wenn der Testirer in seiner letzten Willensverordnung, z. B. zur Ablieferung eines Fideicommisses ein gewisses Alter vorgeschrieben hat, so muß das letzte Jahr nicht blos angefangen, sondern vollendet seyn [70]), wofern nicht aus den Worten des Testaments und andern Umständen zu ersehen ist, daß es der Absicht und dem Willen des Testirers gemäß sey, den Anfang des letztern Jahres auch schon für dessen Vollendung anzunehmen [71]).

Nicht selten haben die Gesetze eine gewisse Zeit bestimmt, ohne zu erwähnen, ob sie naturaliter oder civiliter gerech-

68) *L. 8. D. de munerib. et honor.* Hoc in honoribus FAVORIS CAUSA constitutum est, ut pro plenis inchoatos annos accipiamus.

69) *L. 3. D. de iure immunit.*

70) *L. 49. pr. et §. 1. D. de legat. I. L. 48. D. de condit. et demonstrat. L. 5. Cod. Quando dies legator. cedat. Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IX. Qu. 83.

71) *L. 74. §. 1. D. ad SCtum Trebell.* S. RÜCKER cit. Diss. Cap. III. §. 9. *Io.* HOP. Diss. ad L. 74. §. 1. D. ad SCt. Treb. *Lugd. Batav.* 1748. Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 561. und Woltärs Hallische jurist. Bibliothek. 2. Versuch. S. 191. f.

gerechnet werden soll[72]). Welche von beyden Berechnungsarten wird in solchen Fällen wohl Statt finden? Rücker[73]) giebt folgende Regel: die bürgerliche Zeitrechnung sey anzuwenden, wenn dadurch die Umstände desjenigen verbessert werden, dem das Gesetz eine gewisse Zeit vorgeschrieben hat. Man müsse hingegen bey der natürlichen Zeitberechnung bleiben, wenn durch die bürgerliche der Zustand desselben verschlimmert werden würde. Denn der Grund, warum in dem römischen Rechte die Zeit nicht auf einerley Art, sondern bald natürlich, bald bürgerlich gerechnet werde, sey blos die Billigkeit. — Es kann freylich nicht geläugnet werden, daß die römischen Gesetzgeber in verschiedenen Fällen bey Bestimmung der Zeit die Art ihrer Berechnung nach jener Regel abgemessen haben. So z. E. würde man bey der extinctiven Verjährung der Klagen die Lage des Gläubigers, dem das Gesetz eine gewisse Zeit zur Anstellung seiner Klage verstattet, offenbar verschlimmern, ja man würde ihn gegen die Absicht des Gesetzes früher um sein Recht bringen, wenn man diese Zeit civiliter rechnen wollte. Daher ist bey der Verjährung der Klagen die natürliche Zeitrechnung eingeführt, damit Niemand das Seinige eher verlieren möge, als bis der letzte Tag der gesetzten Zeit gänzlich verflossen ist[74]).

72) Beyspiele enthalten *L. 3. D. de requir. vel absent. damn. L. 13. D. de div. tempor. praescr. L. 12. C. ad L. Corn. de fals. L. 29. §. 5. et 6. D. ad L. Iul. de adult. L. 5. Cod. eod. L. 27. Cod. de testam. Nov. XXIII. c. 1. L. 5. §. 4. Cod. de tempor. appellat.* u. a. m.

73) cit. Dissertat. Cap. V. §. 9.

74) *L. 6. D. de oblig. et actionib.*

Im Gegentheil wenn man bey Testamenten die Zeit der dazu erforderlichen Pubertät natürlich rechnen wollte, so würde dieses dem Testirer zum Nachtheil gereichen. Denn nun würde auch dann das Testament nicht gelten, wenn er es am Geburtstage seines vierzehnten Jahres jedoch noch vor dem Eintritt der Geburtsstunde gemacht hätte. Man erklärte also das Alter der Testamentsfähigkeit nach der Billigkeit, und ließ hier die Civilcomputation gelten [75]). Allein ob deswegen jene Regel auch in allen übrigen Fällen als Entscheidungsgrund der einen oder der andern von den Gesetzen angenommenen Zeitberechnung zu erweisen seyn möchte, so daß dadurch eine solche Rechtsanalogie begründet werden könnte, welche Rücker daraus hat herleiten wollen, daran zweifle ich sehr. Denn so finden wir erstlich viele Fälle in unsern Gesetzen, wo die Zeit nach ausdrücklicher Vorschrift derselben natürlich gerechnet werden soll, ohnerachtet, wie Rücker selbst nicht läugnen kann, die bürgerliche Computation weit vortheilhafter gewesen wäre [76]). Zum andern können Fälle vorkommen, wo der einen Parthey die natürliche, der andern Parthey hingegen die bürgerliche Zeitrechnung vortheilhafter ist [77]). Welche von beyden Berechnungsarten wird hier den Vorzug haben? Die

75) *L. 5. D. qui testam. fac. possunt.*

76) Beyspiele kommen vor in *L. 1. §. 3. D. de postul. pr. I. quib. mod. tut. finit. L. 4. D. de ritu nuptiar. L. 24. Cod. de nupt. L. ult. Cod. quando tut. esse desin. Nov. 100. cap. 2. pr.*

77) Ein Beyspiel hiervon giebt die in den Gesetzen zur Verjährung der Verbrechen bestimmte Zeit, bey welcher die natürliche Computation dem beleidigten Theile, die bürgerliche Berechnungsart hingegen dem Verbrecher vortheilhafter ist.

Die Rückersche Regel giebt hiervon keine Entscheidungsnorm. Endlich drittens wenn in einem vorkommenden Falle nun würklich die bürgerliche Zeitrechnung für den Zustand einer Person, welcher eine gewisse Zeit schlechthin vorgeschrieben ist, vortheilhafter seyn möchte, welche Art der bürgerlichen Computation wird hier statt finden? soll das nur erst angetretene letztere ganze Jahr für schon verflossen, oder soll nur der letztere Tag dieses letztern Jahres, wenn er gleich noch nicht völlig verflossen ist, dennoch für schon zurückgelegt gehalten werden? Auch für diesen Fall ist die Rückersche Regel ganz unbrauchbar. Mich dünkt, wenn bey einer gewissen Zeitbestimmung, sie komme in den Gesetzen, oder in andern erklärten Willensverordnungen, z. B. in einem Testamente oder in einem Vertrage, vor, die Art ihrer Berechnung nicht ausdrücklich beygefügt ist, so sey die Frage, ob in dem vorkommenden Falle die Zeit natürlich oder bürgerlich zu computiren, bloß nach den Regeln der Auslegungskunst zu entscheiden. Man hat daher sowohl aus den gebrauchten Ausdrücken als aus der Absicht und den Endzweck des Urhebers einer solchen Zeitbestimmung zu beurtheilen, welche von beyden Berechnungsarten in dem vorliegenden Falle statt finde [78]. So entspricht bey der Verjährung der Verbrechen [79]), ferner

78) Ein Beyspiel giebt die *L. 74. §. 1. D. ad SCt. Trebell.* wo die bürgerliche Zeitcomputation der Absicht des Testirers angemessener war, als die natürliche.

79) *L. 12. C. ad L. Cornel. de fals. L. 3. D. de requirend. reis. L. 13. D. de div. temp. praescript.* Offenbar hat der Staat das große Interesse, die Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, für die Vollstreckung der Strafe. Es ist also natürlich, daß er von der Verfolgung des Verbrechers durch die An-

ner bey der Einwendung der Appellation [80]) die natürliche Zeitberechnung der Absicht des Gesetzgebers mehr, als die bürgerliche. Es tritt auch hier die Analogie von der extinctiven Verjährung ein. Ist es zweifelhaft, welche von beyden Berechnungsarten der Absicht desjenigen, von welchem die Zeitbestimmung herrührt, gemäßer sey, so ist die natürliche Computation immer die sicherste. Denn diese macht die Regel aus, und wird im Zweifel vermuthet [81]); die bürgerliche hingegen ist nur als Ausnahme von der Regel anzusehen, und kann daher anders nicht angewendet werden, als wenn besondere Gründe dieselbe rechtfertigen [82]).

§. 269. c.

Berechnung eines Jahres, Monats und Tages. Wie ist ein Schalttag zu rechnen?

Da die Zeit nach Jahren, Monaten und Tagen bestimmt wird, so kommt es noch darauf an, wie ein Jahr, ein

Anklage nicht früher ausgeschlossen werde, als bis die zu ihrer Erlöschung vorgeschriebene Zeit ganz verflossen ist. S. Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 19. Not. r. S. 628. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 66. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 523.

80) *Nov. XXIII. cap. 1.*

81) Diese findet insonderheit auch bey Verträgen statt, denen eine gewisse Zeitbestimmung ist beygefügt worden. Z. B. die für den Wiederkauf, oder im commissorischen Vertrag bestimmte Zeit muß immer ganz verflossen seyn. Vergleiche Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Bandes 3. Stück Nr. XXII. S. 344. und eines Ungenannten rechtliche Untersuchung von den Momenten des Anfanges und Endes eines Contracts, in Hrn. Prof. Siebenkees neuem juristischen Magazin 1. Bd. Nr. VII. S. 202. ff.

82) HOLTZHAUER cit. Diss. de tempore in iure civiliter ac natural. comput. §. 9. Nr. IX. sqq. et §. 11.

ein Monat und ein Tag nach Vorschrift der Gesetze zu berechnen sey [83]). So viel nun erstlich die Berechnung eines Jahres anbetrifft, so unterscheiden die Römer das Romulische, Numäische und Julianische Jahr [84]). Das Jahr des Romulus bestand aus zehen Monaten und 304 Tagen, und wurde bis auf die Zeiten des Kaisers Theodosius wenigstens als das Trauerjahr der Wittwen beybehalten [85]). Das Jahr des Numa Pompilius hingegen bestand aus zwölf Monaten. Denn er fügte dem Jahre des Romulus noch zwei Monate, den Januar und Februar, hinzu. Der Tage des Numäischen Jahres waren

83) *Ios. Mar.* SCHNEIDT Diss. de utilitate studii chronologici in iurisprud. civili in genere et in specie de die, mense ac anno bissextili. *Wirceburgi* 1782.

84) *Io.* LALAMANTIUS exterarum fere omnium gentium anni ratio, eiusque cum Romano collatio. *Genevae* 1571. 8. et *in Thes.* GRAEVII Tom. VIII et GRONOVII Tom. IX. *Sibr. Ted.* SICCAMA de veteri anno Rom. in Thes. *Graevii* T. VIII. p. 85. *Io. Theoph.* SEGERI Diss. de anno Romano. *Lipsiae* 1759. et in *Opusculis* ab Ill. KLÜBERO edit. Vol. I. (*Erlangae* 1788. 8.) Nr. I.

85) Daß das Trauerjahr der Wittwen, dessen *L.* 1. *L.* 8. *L.* 11. *D. de his qui not. infam. L.* 15. *C. ex quib. caus. infam. irrog. L.* 1. *Cod. de sec. nupt.* Erwähnung geschiehet, lange Zeit, ja bis auf die Zeiten des Theodosius nur aus zehen Monaten bestanden habe, ist aus vielen Stellen der Alten sowohl, als insonderheit aus der Verordnung des K. Theodosius selbst *L.* 2. *Cod. de sec. nupt.* vom Jahr Christi 382. gründlich erwiesen worden vom *Iac.* RAEVARDUS lib. I. Varior. cap. 20. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 2. nr. 11. sqq. und besonders vom *Alphon. a.* CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XIII. nr. 9. sqq.

ren anfangs 354, hernach 355 an der Zahl. Julius Cäsar that noch zehen Tage hinzu, und so entstand das Julianische Jahr, welches aus 365 Tagen besteht. Dieses macht in unsern Gesetzen die Regel aus [86]), und die angegebene Zahl der Tage bleibt die nämliche, das Jahr mag ein Calenderjahr seyn, welches mit dem 1. Januar beginnt, und sich mit dem 31. December schließt, oder ein anderes Zeitjahr, dessen Anfang auf irgend einen andern Tag fällt, z. B. das Lebensjahr eines Menschen, ein Usucapions oder Präscriptionsjahr. Ja es bleibt bey dieser Regel auch sogar in dem Falle, wenn das Jahr ein Schaltjahr ist [87]). Denn der Schalttag, welchen die Römer nach der besondern Einrichtung ihrer Kalender gleich unmittelbar nach dem Fest der Terminalien [88]), und also zwischen die sechsten und siebenten Calenden des Märzmonats, d. i. nach unserer Zeitrechnung zwischen den 23. und 25. Februar einrückten, und der allemal nach unserm Calender der 24. Februar ist [89]), wurde nicht als ein besonderer Tag aufgeführt, son-

86) *L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil. L. 4. §. 5. D. de statu lib. L. 134. D. de Verb. Signific.* Conf. CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XII. §. V. nr. 51.

87) S. ZURNERI et BERGERI Dissertationes de anno intercalari, besonders aber Kochs Belehrungen §. 9. und Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 8. ff. (im Archiv. I. 588.).

88) CENSORINUS de die natali cap. 20.

89) MACROBIUS Saturnal. lib. I. cap. 13. sagt ganz deutlich: *Februario post XXIII. diem. intercalabant*; und Ebenderselbe cap. 14. *Intercalabatur ante quinque dies ultimos Februarii.* Der Grund, warum der dies intercalaris dem Monat Februar und zwar nach dem Fest der Terminalien eingeschaltet wurde, war unstreitig dieser, um nicht die Ordnung der Festtäge zu ver-

sondern mit dem 25. Februar für einen Tag gerechnet. Die Römer nannten diese zwey Tage, die im Schaltjahr unter VIto Calendarum Martii im Calender aufgeführt wurden, den bissextum, welcher also eigentlich aus zwey natürlichen Tagen bestand, von denen, nach römischer Art zu rechnen, nach welcher die Calenden eines Monats immer rückwärts in den vorhergehenden hineinliefen, der dies posterior bissexti, nach unserm Calender der 24. Februar, der **Schalttag** (dies intercalaris), der dies prior aber, oder nach unserm Calender der 25. Februar, der **Haupttag** war [90]). Folgendes Schema wird die Sache deutlich machen:

23. Febr.

verwirren. Denn die Religion hatte auf die Intercalation den meisten Einfluß, wie Macrobius a. a. O. aus wichtigen Beyspielen erweißt. Alle Unordnung wurde aber dadurch verhütet, daß Julius Cäsar den Schalttag erst nach den Terminalien einschalten ließ, denn diese waren im ganzen Jahr das letztere Fest, welches die Römer noch nach Vorschrift des Königs Numa feyerten. OVIDIUS *Fastor. lib. II. v. 49.* Ueberdem bestand der Monat Februar Anfangs nur aus 23 Tagen, die übrigen fünf Tage dieses Monats waren in dem Jahr des Numa ehemals bloße Schalttage. S. MUNCKER de Intercalation. variar. gentium. pag. 95. sqq.

90) CELSUS sagt *L. 98. pr. D. de Verb. Signific.* Cum BISSEXTUM Calendis est: nihil refert, utrum *priore* an *posteriore die*: quis natus sit, et deinceps sextum calendas eius natalis dies est: NAM ID BIDUUM PRO UNO DIE HABETUR: sed *posterior dies intercalatur*, non *prior*; ideo quo anno intercalatum non est, sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet. Vortreflich erläutert diese von vielen mißverstandene Stelle *Christ. Henr.* BREUNING in Diss. iuris civ. ad CELSUM in L. 98. D. de Verbor. Significat. *Lipsiae* 1757. Es ist also ein offenbarer Irrthum, wenn BACHOVIUS in

23. Febr.	VII. Cal.	Martii
24. Febr.	VI. b. Cal.	Martii
25. Febr.	VI. a. Cal.	—
26. —	V. Cal.	—
27. —	IV. Cal.	—
28. —	III. Cal.	—
29. Febr.	Pridie Cal.	Martii
1. März	Calendae	Martii.

Der Grundsatz des römischen Rechts, daß der bissextus, oder der dies sextus posterior und prior Calendarum, d. i. der 24. und 25. Februar in einem Schaltjahre juristisch für einen Tag gerechnet werden, hat wichtige practische Folgen, welche auf die Entscheidung mancherley Rechtsfälle grossen Einfluß haben. Dahin gehört einmahl die Entscheidung der Frage, wenn ehe ein Minderjähriger für majorenn zu halten sey, welcher entweder in einem Schaltjahre gebohren worden, oder wenn das fünf und zwanzigste Jahr seines Alters ein Schaltjahr ist? Celsus entscheidet diese Frage zu Folge jener Berechnungsart dahin, daß, wenn der Minderjährige in einem Schaltjahre gebohren worden, er mag nun priore (den 25. Febr.) oder posteriore bissexti die (den 24. Febr.) gebohren seyn, derselbe, wenn das fünf und zwanzigste

in Comm. in primam partem Digestor. pag. 1056. VOET in Comm. ad Pand. lib. IV. Tit. 4. §. 3. de COCCEJI in iure civ. controv. lib. IV. Tit. 4. Qu. 1. den 25. Febr. in einem Schaltjahre für den diem posteriorem, qui intercalaretur, und also für den Schalttag halten wollen. Man s. vielmehr BREUNING cit. Diss. Cap. II. pag. 7. und Kochs Belehrungen S. 46. ff. auch Carl Heinrich Fetzers Bemerkungen über den Schalttag, in desselben Versuchen zur Bildung des Römischen Rechts. Heilbronn 1802. 8. Nr. I.

zigste Jahr seines Alters kein Schaltjahr ist, am 24. und nicht erst am 25sten Februar majorenn werde [91]); hingegen wenn derselbe am 24. Februar eines gewöhnlichen Jahres gebohren worden, das fünf und zwanzigste Jahr aber ein Schaltjahr ist, die Majorennität nicht eher als nach zurückgelegtem 25sten Februar eintrete, mithin demselben, wenn er noch an diesem letztern Tage, jedoch vor dem Ablauf seiner Geburtsstunde, ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gestatten sey [92]). Denn durch die Darzwischenkunft des Schalttags, welcher nicht besonders gezählet wird, fällt der Geburtstag des Minderjährigen immer auf den ersten Tag vom bissexto, und also auf den 25sten Februar, und so lange dieser nicht verflossen ist, kann derselbe nicht für majorenn gehalten werden, weil, wie Ulpian [93]) selbst hierbey bemerkt hat, die Zeit der Minderjährigkeit a momento in momentum gerechnet wird. Eben so ist es auch bey der Verjährung der Klagen, wo der Schalttag dem

91) Die Entscheidung dieses Falles führt Ulpian *L. 3. §. 3. D. de minorib. XXV. ann.* aus dem Celsus mit folgenden Worten an: Proinde et si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die, CELSUS scripsit, nihil referre: *nam id biduum pro uno die habetur; et posterior dies Calendarum intercalatur.*

92) Die hierher gehörigen Worte aus der *L. 98. pr. D. de Verb. Signif.* sind schon Not. 90. angeführt worden. Add. *Iul. a* BEYMA in Comment. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. Tit. de minoribus §. 2. und Gmelin a. a. O. §. 14.

93) *L. 3. §. 3. D. de minorib. XXV. ann.*

dem Gläubiger zu gute geht, wider welchen die Verjährung läuft [94]). Wenn hingegen bey der Usucapion der Besitz in einem Schaltjahre angegangen war, es mochte nun am Schalttage, oder an dem gewöhnlichen VIto ante Calendas Martias derselbe sich angefangen haben; so war im Anfange des VIti ante Calendas Martias allemal die Verjährung vollendet [95]). Jedoch darf nicht unbemerkt gelassen werden, daß der Schalttag nur alsdann nicht besonders gerechnet wird, wenn eine gewisse Zeit überhaupt nach Monaten oder Jahren bestimmt ist [96]). Denn wenn die Gesetze

94) *L. 2. D. de diverſ. temp. praeſcript.* In tempore conſtituto iudicatis, an intercalaris dies proficere iudicato, nec ne, debeat, quaeritur? Item de tempore, quo lis perit? Sic ſine dubio exiſtimandum eſt, ut auctum litis tempus intercalari die exiſtimetur, veluti ſi de uſucapione ſit quaeſtio, quae tempore conſtituto expleri ſolet: aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aedilitiae pleraeque actiones. In zweyerley Fällen wirft Marcellus die Frage auf, ob der Schalttag mit in Rechnung komme? einmal bey rechtskräftigen Erkenntnissen, und dann bey der Verjährung. In beyden ist dieselbe verneinend zu entscheiden. Zwar läßt sich der Jurist nur hauptsächlich auf den Fall der Verjährung ein. Allein daß es bey den iudicatis eben so sey, ist darum ausser Zweifel, weil nach den Verordnungen der Kaiser das tempus iudicati in mehreren Monaten bestehet, *L. 2. et 3. Cod. de uſur. rei iudic.* daher ist auch in diesem gesetzlichen Zeitraume der Schalttag nicht besonders zu rechnen, sondern geht dem Schuldner zu gute.

95) Cit. *L. 2. D. de div. temp. praeſcript.*

96) S. VOET in Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. und Westphals System des R. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 595. S. 468. f.

setze [97]) oder die Partheyen eine bestimmte Anzahl von Tagen für eine gewisse Handlung festgesetzt haben, so macht der Schalttag einen besondern Tag aus, und kommt mit in Rechnung [98]). Da in unsern Kalendern der Schalttag immer als ein besonderer Tag aufgeführt wird, und bey uns eigentlich der 29. Februar ist [99]); so entsteht die Frage, ob die Lehre des römischen Rechts von der Berechnung des Schalttages noch heutiges Tages Nutzen habe? Hr. Prof. Westphal [100]) zweifelt daran. Allein der heutige Gebrauch

97) Z. B. bey der Appellation die Frist der zehn Tage, bey Quittungen der Zeitraum von dreyßig Tagen. *L. 14. §. 2. C. de non num. pecun.*

98) Marcellus bemerkt dieses in der angeführten *L. 2. D. de div. temp. praescript.* in folgenden Worten: Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori. Mihi contra videtur. In dieser Stelle muß statt Et, *Sed*, statt tempori, *emtori*, und nach diesem Worte ein Fragzeichen gesetzt werden, wie schon BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. IV. cap. 8. pag. 249. sq. erinnert hat. Denn hier wird nicht eines andern Rechtsgelehrten Meinung angeführt, welche Marcellus etwa hätte widerlegen wollen. In den *Basilic.* Lib. I. Tit. 3. nr. 2. (bey MEERMANN in *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 86.) ist der Sinn dieser Stelle ganz deutlich folgendermassen ausgedrückt: *Dies bissextus non adiicitur emtori, cum convenerit, ut venditum intra dies triginta non dato pretio inemtum esset.*

99) SCHNEIDT cit. Diss. de utilitate studii chronologici. Sect. I. §. 24. Anderer Meinung ist Koch in den Belehrungen §. 9. dem auch Thibaut im System des P. R. 1. Th. §. 128. beystimmt. Allein man s. den 5. Th. dieses Commentars §. 457. Not. 81. S. 543.

100) Westphal a. a. O. S. 469.

brauch des rechtlichen Grundsatzes, daß nämlich der Schalttag, insofern es nicht gerade auf eine bestimmte Anzahl von Tagen ankommt, nicht besonders zu rechnen, sondern mit dem 28. Februar im rechtlichen Sinn nur für einen Tag zu halten sey, läßt sich um so weniger bezweifeln, da auch das Canonische Recht diesen Rechtssatz annimmt [1]).

Soviel hiernächst die Berechnung der **monatlichen Zeitfristen** anbetrifft [2]), so kommt es darauf an, ob eine gewisse Zeit nur überhaupt nach Monaten bestimmt, oder ob namentlich der erste eines jeden Monats (Calendae) dergestalt festgesetzt worden, daß der Termin immer von dem ersten bis wieder zum ersten des folgenden Monats gerechnet werden solle. Im ersten Falle werden sowohl nach römischen als teutschen Rechten dreyßig Tage auf einen Monat gerechnet [3]). Im letztern Falle hingegen kommt es darauf an, wie viel Tage ein jeder Monat in dem Kalender hat [4]). Ein Schaltmonat bestand bey den Römern immer

1) *Cap. 14. X. de Verb. Signif.* Mit mir stimmen überein *van* BYNKERSHOEK cit. loc. pag. 247. VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus XXV. annis §. 1. SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 24. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. Tit. de minorib. §. 2.

2) Siegfr. Altwein Diss. de legali mensium tempore seu spatio menstruo, von Monatsfristen. *Altdorfii* 1693. 4.

3) *L. 101. D. de div. Reg. iur.* *L. 28.* vergl. mit *L. 31. §. 22. D. de aedilit. edict.* *Nov. CXV. cap. 2.* So werden auf 3 Monate 90 Tage, auf 2 Monate 60 Tage gerechnet. *L. 3. §. ult. D. de suis et legitim. hered.* *L. 28. et L. 38. D. de aedilit. edicto.* S. Struben rechtliche Bedenken. Th. 1. Bed. 47.

4) SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 33. pag. 26.

immer nur aus 28 Tagen [5]), weil der bissextus im Monat Februar nur für einen Tag gezählt wurde, wie bereits oben bemerkt worden ist. Nach unserm Kalender besteht nun zwar der Schaltmonat aus 29 Tagen, allein er begreift dessen ungeachtet auch noch heut zu Tage im rechtlichen Sinn nicht mehr als 28 Tage in sich [6]).

Ich komme noch zuletzt auf die Berechnung einzelner Tage. Diese ist in dem römischen Rechte zweyfach,

 die

5) *L. 98. §. 2. D. de Verb. Signif.* Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen diese Worte von dem Schaltmonate des Numäischen Jahres verstehen, welchen Julius Cäsar aufgehoben hat. Man sehe SICCAMA de vet. anno Rom. Th. 12. LALAMANTIUS de anno Rom. in *Thes. Gr.* T. VIII. pag. 276. PUTEANUS de bissexto in *Thes. Gr.* T. VIII. pag. 451. SCALIGER de emendat. tempor. l. c. pag. 177. *a* BEYMA in Comment. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. Allein diese irrige Meinung haben *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signific. ad h. L. pag. 218. und BREUNING cit. Diss. Cap. II. in fin. hinlänglich widerlegt. Unmittelbar vorher gedenkt zwar Celsus des alten vom Julius Cäsar aufgehobenen Schaltmonats, und bemerkt, daß man die nach dem 23. Februar hinzugefügte fünf Tage nicht mitgezählet, sondern nach der Meinung des Cato pro momento temporis gehalten, welches demjenigen zu gute gekommen, dem z. B. in dem Februar etwas zu bewirken oder zu erfüllen obgelegen. Allein Celsus braucht dies nur als einen Grund, warum der vom Julius Cäsar eingeführte Bissextus ebenfalls nur für einen Tag zu rechnen sey. S. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iur. civ. corpore. Tom. I. pag. 101. sqq.

6) S. Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 10.

die bürgerliche und die natürliche. Nach der erstern enthält ein Tag, man mag seinen Anfang rechnen, von welchem Moment oder Zeitpunct man will, einen fortlaufenden Zeitraum von 24 Stunden; und ein solcher Tag ist nun entweder ein Kalendertag, oder ein zufälliger Zeittag. Ein Kalendertag wird sowohl nach dem römischen als heutigem Rechte von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet [7]). Ein Zeittag ist hingegen ein solcher Zeitraum von 24 Stunden, der von einem andern Zeitpunct anfängt, als von 12 Uhr zu Mitternacht. Z. E. der Lebenstag eines Menschen, der Tag, an welchem eine Sentenz publicirt worden ist [8]). Die unmittelbar auf einander folgende Stundenreihe eines Kalendertages theilten nun die Römer in vier gleiche Theile ab, nämlich in zwey Nachthälften, und zwey zwischen inne liegende Tagehälften, wovon diese die Tageszeit (*lux*), jene aber die Nacht (*nox, tenebrae*) ausmachten. Die Tageszeit bestand aus 12 Stunden, und aus eben so viel Stunden auch die Nachtzeit. Daher war die sechste Stunde des Tages die Mittagszeit, und die sechste Stunde der Nacht die Mitternacht [9]). Mit der siebenten Stunde

7) *L. 8. D. h. t.* More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur: itaque quicquid in his viginti quatuor horis (id est duabus dimidiatis noctibus et luce media) actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

8) S. Kochs Belehrungen §. 2. ff.

9) S. *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. cap. 13. (*Basiliae* 1544. fol. und in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1544.) *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signif. ad L. 2. §. 1. h. t. pag. 7. und *Ulr.* HUBERUS in Praelection. iuris civ. ad Pand. h. t. §. 7.

Stunde nach Mitternacht nahm also der dies civilis seinen Anfang [10]). Hieraus erhalten viele Stellen in unserm römischen Gesetzbuche ihr Licht, in welchen der *hora sexta diei*, und der *hora sexta noctis* Erwähnung geschieht [11]). Was nun in jeder der 24 Stunden, woraus der bürgerliche Tag zusammengesetzt ist, und wär es auch in einer der beyden Nachthälften, vorgefallen oder gehandelt worden ist, von dem sagt man, es ist an dem Tage geschehen [12]). Nach der natürlichen Computation wird hingegen der Tag von dem Aufgang der Sonne bis zum Untergang derselben gerechnet wird [13]). Der bürgerliche Tag macht jedoch die Regel aus bey allen rechtlichen Fristen, binnen welchen etwas geschehen muß [14]).

10) *Constantin.* HARMENOPULUS Lib. VI. Tit. III. sagt: *Dies a septima noctis hora incipit, et in sextam sequentis noctis terminatur.*

11) Man vergleiche z. E. *L. 5. D. qui testam. fac. poss. L. 7. D. de usurpat. et usucap. L. 1. D. de manumission. L. 2. D. de annuis legat. L. 25. §. 1. D. de lib. et posthum.* Add. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen rc. §. 594. S. 467.

12) Dies, und nichts anders, will Paulus in der (Not. 7.) angeführten *L. 8. D. de feriis* sagen. Eine Stelle, die so deutlich ausgedrückt ist, daß Kochs Belehrungen §. 8. S. 29. ff. darüber ganz unnöthig waren. Den besten Commentar darüber giebt GELLIUS in *Noct. Attic.* Lib. III. cap. 2. Man sehe auch Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 5.

13) *L. 2. §. 1. D. de Verb. Signif.* Man sehe über diese Stelle Gmelin a. a. O. §. 6.

14) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 15. und MALBLANC Dig. h. t. §. 234.

Es sey mir erlaubt, am Schluß dieser Materie noch die Frage kürzlich zu erörtern, wie der Zeitraum zu bestimmen sey, welchen die Benennung Jahr und Tag in sich schließt? Es ist nämlich bekannt, daß nicht nur in verschiedenen teutschen Gesetzen bey Verjährungen, Retracten u. s. w., sondern auch nicht selten in Verträgen und Contracten, z. E. Heyrathsverträgen, Schenkungen, Wiederkäufen ꝛc. der Zeitbestimmung eines Jahres noch die Frist eines Tages beygefügt wird. Haben nun in solchen Fällen die statutarischen Rechte eines Landes, nach denen solche Geschäfte zu beurtheilen sind, oder haben entschiedene Gewohnheiten des Orts, oder die Contrahenten selbst schon bestimmt, was für ein Zeitraum unter dem bemerkten Ausdruck verstanden werden solle, so hat die Sache weiter keine Schwierigkeit [15]). Fehlt es aber an solchen besondern Bestimmungsnormen, so wollen verschiedene Rechtsgelehrten bey

15) So z. B. wird in Sachsen unter dem Tag, welcher der gesetzlichen Bestimmung einer Jahresfrist beygefügt wird, eine Zeit von 6 Wochen und 3 Tagen verstanden. Man nennt diesen Zeitraum eine Sächsische Frist. S. *Christ.* WILDVOGEL Disput. de termino Saxonico, von sächsischer Frist. *Ienae* 1700. Ausserhalb Sachsen wird an vielen Orten unter Jahr und Tag nur ein Jahr und ein einziger natürlicher Tag von 24 Stunden verstanden. Z. B. in dem Herzogthum Würtemberg bey Ausübung des Retracts. S. FROMMANN Diss. de iure retractus Würtenbergico §. 21. Ferner in Hamburg und Lübeck wird bey Verjährungen unter der Benennung Tag auch nur ein Zeitraum von 24 Stunden begriffen. S. MEVII Comment. ad Ius Lubecense Lib. I. Tit. VIII. Art. I. nr. 16. *Io. Gottl.* HEINECCII Diss. de praescriptione annali iuris Lubecensis §. 8. RICCIUS c. l. pag. 117. und Walchs Näherrecht S. 225.

bey dem vorkommenden Ausdruck Jahr und Tag die Zeit von einem Jahre und einem Monate für die Regel annehmen [16]). Allein ob sich eine aus dem Longobardischen Lehnrechte [17]) hergenommene Erklärung auf teutschen Sprachgebrauch übertragen lasse, getraue ich mir um so weniger zu behaupten, da nicht einmal die Leseart des Longobardischen Textes, worauf man sich beruft, ausser Zweifel ist [18]). Ich bin daher vielmehr der Meinung, daß, in Ermangelung näherer Bestimmungsgründe, von dem gemeinen Sprachgebrauche nicht abzuweichen, und daher unter dem einer Jahresfrist beygefügten Tage im Zweifel nur ein Zeitraum von 24 Stunden zu verstehen sey [19]).

16) Lib. Bar. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 393. Wiesand im juristischen Handbuche S. 588. Elsäßer von der Bestimmung des Zeitraums, welchen die Benennung: Jahr und Tag, oder Jahr und Tage, in sich schließt: in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Band. Nr. II. S. 24. ff.

17) Man führt *II. F. 24. pr. 40. pr. 52. §. ult.* und 55. an, in welchen Texten zur Nachsuchung der Investitur ein annus et dies festgesetzt wird; und erklärt dieses vermittelst eines andern Textes *I. F. 22. §. 1.* durch ein Jahr und einen Monat.

18) Schon Cujaz hielt den Text *I. F. 22. §. 1.* für corrupt, und las statt *ultra annum et mensem* nach seinem Codex ultra annum et diem; und daß diese Leseart sehr viel für sich habe, beweißt Carl Adolph Freyh. von Braun in der Vertheidigung der Cujazianischen Lection des Textes I. F. XXII. §. 1. Sie befindet sich in des Hrn. Dir. Zepernicks Sammlung auserles. Abhandlungen aus dem Lehnrechte. 1. Th. Nr. VIII. S. 123—128.

19) MANTZEL in Select. iurid. Rostochiens. P. I. pag. 159. sqq. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern,

Da indessen die Bedeutung der Worte: **Jahr und Tag** selbst unter den Rechtsgelehrten noch sehr streitig ist, so ergiebt sich hieraus eine für practische Rechtsgelehrte höchst wichtige Cautel, nämlich sich in ihren Aufsätzen über Verträge, Testamente u. s. w. jener dunkeln und unbestimmten Zeitclausel, die nur allzuoft Ursache der unglücklichsten und langwierigsten Rechtshändel geworden ist [20]), ganz zu enthalten, und lieber die Zeit nach der ihnen erklärten wahren Absicht der Disponenten deutlich zu bestimmen.

tern, vermehrt von Ernst Ludwig August Eisenhart. (Leipzig 1792. 8.) Abth. III. Nr. XXVI. B. §. 3. S. 239. THIBAUT System des P. R. §. 128.

20) Einen merkwürdigen Rechtsstreit erzählt Hr. Prof. Goetz in den Beyträgen zur populären Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bandes 3tes Stück. Nr. XXII. S. 336. ff.

Lib.

Lib. II. Tit. XIII.

De edendo.

§. 270.

Edition der Klage nach dem römischen Gerichtsgebrauche.

Auf die in ius vocatio folgte nach der ältern römischen Proceßordnung die **Edition der Klage**. Diese geschahe in iure d. i. vor dem Prätor. Es konnte zwar auch der Kläger schon vorher dem Beklagten eröfnen, warum er ihn vor Gericht fordere. Allein er war dazu nicht verbunden; (§. 236. a. S. 338. f.) und wenn es auch zuweilen geschahe, so war doch dieß keine solche förmliche Edition, welche die römische Gerichtsordnung erforderte. Denn diese mußte vor Gericht in gehöriger Form Rechtens geschehen [21]). Die EDITIO ACTIONIS bestand nun darin. Der Kläger zeigte dem Beklagten förmlich die Art der Klage an, welche er gegen ihn anstellen wollte. Dieß konnte, wie Ulpian [22]) lehrt, auf fünferley Art geschehen. Entweder der Kläger eröfnete dem Beklagten mündlich, aus welchem Grunde er ihn belange; oder er theilte ihm den schriftlichen Klaglibell mit; oder er ließ dem Beklagten solchen

21) Man unterscheide also zwischen der gerichtlichen und aussergerichtlichen Edition der Klage, auf solche Art läßt sich auch der Streit einiger Rechtsgelehrten über die Frage: wo? und wenn die editio actionis bey den Römern geschehen sey? am leichtesten beylegen. Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretat.. receptar. iuris civ. lectionum lib. I. cap. 19.

22) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

chen abschreiben, oder er dictirte ihm selbst daraus seine Klage; oder der Kläger führte seinen Gegner hin zum Album des Prätors [23]), und zeigte ihm daselbst mit dem Finger die Klagformel, deren er sich wider ihn bedienen wollte. Die Klage wurde also dem Beklagten ehemals mittelst einer gewissen Formel edirt, deren unrichtige Auswahl oder fehlerhafter Vortrag zuweilen den Verlust des ganzen Prozesses nach sich ziehen konnte [24]). Kr Theodosius der jüngere schafte jedoch diese unbillige Strenge sammt den feyerlichen Formeln im Proceß ab [25]). Damit nun aber der Beklagte auch zugleich in den Stand gesetzt werden möchte, zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle; so mußte der Kläger dem Beklagten zugleich eine Abschrift von denjenigen Urkunden mittheilen, deren sich erstere

23) Das Album des Prätors (§. 209. S. 303.) faßte also nicht blos Edicte sondern auch Klagformeln in sich. Schon CICERO *pro Roscio Comoedo* cap. 8. sagt von seinen Zeiten: *Sunt iura, sunt formulae, de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo — publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.* Die Meinung derjenigen, die ein von dem albo Edictorum ganz verschieden gewesenes album Formularum des Prätors annehmen, widerlegt Hr. Dir. ZEPERNICK in animadverf. ad SICCAMAE libr. de iudicio centumvirali Lib. I. cap. 4. not. g. pag. 31.

24) CICERO *de Invent. lib. II. c. 19.* QUINCTILIANUS *Instit. Orat. lib. VII. c. 3. Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

25) *L. un. Cod. Theod. de omiss. action. impetrat. L. 2. Cod. Iustin. de formulis et impetrationib. action. sublatis.* SCHULTING cit. loc. §. 5.

rer zum Erweiß seiner Klage bedienen wollte [26]). Jedoch geschahe diese editio instrumentorum nur, wie Ulpian [27]) sagt, sine die et consule. Denn es kam hier noch auf keinen völligen Beweiß, der erst künftig bey dem Judex Pedaneus instruirt wurde, sondern nur auf einige Information des Beklagten von dem Rechte des Klägers an. In den neuern Zeiten hat sich bey den Römern in Ansehung der Edition der Klage viel geändert. Statt den Beklagten erst vor Gericht zu rufen, pflegte der Kläger seine Klage gleich schriftlich im Gericht zu übergeben, und die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift durch den Gerichtsboten dem Beklagten mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, zustellen, wie bereits an einem andern Orte (§. 219.) ist bemerkt worden.

§. 271.

Heutiges Recht. Begriff der Klage. Bedeutung des Worts ACTIO.

Heutiges Tages wird die Klage bey dem Richter entweder mündlich oder schriftlich angebracht. Ersteres findet in summarischen Sachen statt, und es muß in diesem Falle über den mündlichen Vortrag des Klägers ein Protocoll gefaßt werden. Letzteres hingegen wird in dem ordentlichen Proceß erfordert, (§. 220. und die Schrift, in welcher die

26) *L. 1. §. 3. L. 11. D. h. t.* CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 14. NOODT in Comment. ad Digesta h. t. Tom. II. Oper. pag. 66.

27) *L. 1. §. 2. D. h. t.* Editiones *sine die et Consule* fieri debent, ne quid excogitetur e die et Consule, et praelato die (i. e. *anteverso* s. *anticipato* die) fiat. Vid. CUJACIUS lib. III. Observat. cap. 7.

die Klage dem Richter vorgetragen, und die Bitte beygefügt wird, daß, durch Verurtheilung des Beklagten, dem Kläger zu seinem Recht verholfen werden möge, heißt das **Klageschreiben**, oder die **Klageschrift** (libellus). Dieses Anbringen des Klägers wird nun hierauf von dem Richter der an den Beklagten zu verfügenden Ladung copeylich beygefügt. (§. 228.) Da wir hier von dem Anbringen der Klage bey dem Richter handeln, so wird es vor allen Dingen nöthig seyn, erst den Begriff der Klage näher zu bestimmen [28]). Unser Verfasser sagt: ACTIO est *remedium ius suum persequendi in iudicio.* Allein dieser Begriff scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Denn auch die **Einrede** ist unläugbar ein Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen. Wie will man nun mittelst jenes Begriffs **Klage** und **Einrede** von einander unterscheiden? Man wende mir nicht ein, was Ulpian *lib. IV. ad Edictum* [29]) sagt: AGERE etiam is videtur, *qui exceptione utitur*; nam reus in exceptione actor est. Denn daß dieser uneigentliche Ausdruck nur in Ansehung des Beweises zu verstehen sey, welchen der Beklagte, wenn er Einreden vorschützt, eben so wie der Kläger, wegen des Klagegrundes, übernehmen muß, ist schon von andern bemerkt worden [30]). Selbst Ulpian

28) Ant. Aug. **Clar** Abhandlung von der Klage. **Göttingen** 1756. 4.

29) *L. 1. D. de Exceptionib.*

30) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Digesta h. t. *T. II. Oper. pag. 66.* **Adolph Dietrich Webers** Beyträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden I. Betracht. S. 16. **Ulpian** selbst läßt uns hieran nicht einen Augenblick zweifeln, wenn derselbe *L. 19. pr. D. de probat.* sich hierüber folgendermaßen

Ulpian unterscheidet an einem andern Orte *Lib. 74. ad Edictum* [31]) Klage und Einrede sehr genau, wenn er sagt: EXCEPTIO dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet, ad elidendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Und Paulus [32]) sagt ganz ausdrücklich *Lib. 3. ad Edictum:* actionis verbo non continetur exceptio. **Klage** heißt also vielmehr ein gerichtliches Rechtsmittel, dessen ich mich zu dem Ende bediene, damit ein Anderer verurtheilt, und von dem Richter angehalten werde, mir etwas zu leisten, was ich mit vollkommenen Rechte von ihm fordern kann [33]). **Einrede** hingegen ist ein gerichtliches Vertheidigungsmittel wider die Klage. Sowohl durch **Klage** als durch **Einrede** verfolgt man also sein Recht gerichtlich, aber freylich aus ganz verschiedener Absicht. Denn die gerichtliche Rechtsverfolgung mittelst der **Klage** geschiehet zu dem Ende, damit der Beklagte verurtheilt werde, uns etwas zu leisten. Wer hingegen mittelst einer **Einrede** sein Recht vor Gericht verfolgt, hat nur die Absicht, sich dadurch von dem Anspruche des Klägers, es sey ganz oder zum Theil, auf

maßen erklären: In exceptionibus dicendum est, *reum partibus actoris fungi oportere*; ipsumque exceptionem velut intentionem, implere: utputa si *pacti conventi exceptione* utatur, *docere debet, pactum conventum factum esse.*

31) *L. 2. pr. D. de Exceptionib.*

32) *L. 8. §. 1. D. de Verbor. Significat.*

33) Ursprünglich schränkte sich der Begriff von actio blos auf die gerichtliche Verfolgung einer obligatio ein. S. **Hugo** Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts §. 101.

auf immer oder wenigstens auf eine Zeitlang, zu befreyen [34]). Wenn Justinian [35]) sagt: ACTIO nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur; so will Cujaz unter dem Wort ius eine Formel verstehen, und Hotomann [36]) diesen Begriff blos auf Personalklagen einschränken, weil nur diese Klagen allein auf etwas giengen, quod nobis debetur, durch Realklagen hingegen dasjenige gefordert werde, quod nostrum est. Allein beyde Meynungen sind von Vinnius, Marcilius und Janus a Costa schon widerlegt worden. Es wäre gewiß eben so lächerlich gewesen, wenn Justinian noch zu seinen Zeiten den Begriff der Klage auf die längst aufgehobene Solennität der Formel hätte einschränken, als wenn er statt eines allgemeinen Begriffs, den doch jeder Vernünftige in einem generellen Titel von Klagen erwartete, dem angehenden Rechtsbeflissenen einen solchen Begriff hätte beybringen wollen, der nur allein auf eine besondere Gattung von Klagen anwendbar gewesen wäre. Daß überdem das Wort DEBERE ein Prädicat aller und jeder Klagen seyn könne, bezeugt Ulpian [37]). Justinian nimmt also das Wort *actio* in der

34) Ulpian bestätigt dieses deutlich, wenn er *L. 2. §. 2. D. de Except.* sagt: Illud tenendum est, omnem exceptionem *exclusoriam* esse. EXCEPTIO enim *actorem excludit.* Den Unterschied zwischen Klage und Einrede, so wie auch die Frage, wenn es vortheilhafter sey, die eine oder die andere Art der Rechtsverfolgung zu ergreifen? hat Hr. Prof. Weber in den angeführten Beyträgen S. 17. ff. vortreflich auseinandergesetzt.

35) *Pr. I. de Actionib.*

36) Observation. lib. III. cap. 17.

37) *L. 178. §. 3. D. de Verb. Signific.* Hoc verbum DEBUIT omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis

der angeführten Stelle für ein Recht, etwas gerichtlich zu fordern, was uns ein Anderer zu leisten schuldig ist; welches eine in dem römischen Rechte ganz gewöhnliche Bedeutung ist. Denn wenn gesagt wird Praetor dat actionem, actio extincta est, so bedeutet in diesen Redensarten *actio* so viel als das Recht zu klagen. Ich übergehe andere Bedeutungen dieses Worts, die man bey Ulpian [38]) und Westenberg [39]) findet, und bemerke nur noch, daß das teutsche Wort Klage in der Praxis auch häufig für das schriftliche Anbringen derselben, oder die Klageschrift genommen werde [40]), ohnerachtet eigentlich zwischen der Klage selbst und der Anbringung derselben ein eben solcher Unterschied, wie zwischen dem Rechtsmittel selbst und dem wirklichen Gebrauche desselben Statt findet [41]).

§. 272.

Eintheilungen der Klagen. I) Nach ihrem Zweck. Petitorische und Possessorische. II) Nach ihrem nächsten Fundament. Präjudizialklagen.

Es giebt nun verschiedene Arten von Klagen [42]). Man theilt sie I) nach Verschiedenheit ihres Zwecks in petitorische

lis sive honoraria sit. Man sehe noch *Iul.* PACIUS in Analysi Institution. ad Pr. Tit. de actionibus pag. 599.

38) *L. 178. §. 2. D. de Verb. signif.*

39) Princip. iuris sec. ordin. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 2.

40) S. Clar in der angef. Abhandl. Abschn. 1. §. 4.

41) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 60. Not. a.

42) Hier sind besonders diejenigen nachzusehen, die von Klagen geschrieben haben, und welche unser Verf. in der Not. h. anführt,

rische und possessorische ein. Unser Verf. gedenkt dieser Eintheilung in der Not. i. Geht nämlich die Klage auf das Recht selbst, so heißt sie eine petitorische [43]). Klagt man hingegen blos auf den Besitz, entweder daß man einen gewissen Besitz erst erlange, oder daß man in dem schon habenden Besitz geschützt werde, oder daß man den verlohrnen Besitz wieder bekomme, so heißt eine solche Klage eine possessorische. Sie unterscheiden sich ihrer Wirkung nach besonders darin von einander, daß bey den Possessorienklagen das Verfahren summarisch ist, und eine schnel-

führt, zu BOEHMERI doctrina de actionibus, sind jedoch hinzuzufügen *Io. Tob.* CARRACHII Adnotationes ad *Boehmeri* doctrinam de actionibus. *Halae* 1775. 8. Mit Schmidts practischen Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, welches immer als Hauptwerk, besonders nach der neuesten, durch Zusätze und Berichtigungen von Adolph Diet. Weber verbesserten Ausgabe, Jena 1803. zu empfehlen ist, sind, ausser den schon mehrmals angeführten schätzbaren Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden von ebendemselben Hrn. Prof. Weber. 1. Stück. Schwerin und Wismar 1795. 2. und 3. Stück. Ebendaselbst 1802. 8. noch einige Commentare zu verbinden, nämlich Ernst Gottfr. Schmidts theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters angeführtes Lehrbuch. 5 Bände. Leipzig 1792. u. 94. 8. und wieder aufgelegt Leipzig 1801. Weidners theor. pract. Commentar über das Schmidtische Lehrbuch. 3 Bände. Leipzig 1804. und 1805. und Joh. Gottfr. Mößlers theor. pract. System der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Theile. Erfurt 1798. 1802. u. 1803. 8.

43) In den römischen Gesetzen wird das Wort PETITIO zuweilen in einer noch engern Bedeutung für eine dingliche Klage genommen. *L. 178. §. 2. D. de Verb. Significat.*

schnellere Rechtshülfe Statt findet, als bey den petitorischen Klagen [44]). Es werden daher bey den erstern keine Einreden, die einer weitern Ausführung bedürfen (exceptiones altioris indaginis), zugelassen. Denn der Besitz einer Sache darf nicht durch unnöthige Weitläuftigkeiten behindert und aufgehalten werden, damit die Vortheile desselben nicht verlohren gehen. Dahingegen ist das Verfahren bey den petitorischen Klagen mehreren Weitläuftigkeiten unterworfen. Es ist daher der Regel nach rathsamer, possessorisch, als petitorisch zu klagen, wenn nämlich der Kläger kein klares, sondern nur etwa ein präsumtives Recht zu bescheinigen im Stande wäre [45]).

Klagen werden II) wenn man auf das nächste Fundament derselben siehet, in solche eingetheilt, welche aus dem Personenrechte entstehen, und in solche, welche aus dem Sachenrechte entspringen. Die Klagen der erstern Art werden Präjudizialklagen genennt, und darunter diejenigen verstanden, wodurch die Frage: ob Jemanden ein gewisser Zustand wirklich zukomme? zur Entscheidung des Richters aufgestellet wird [46]). Sie haben ihren Namen daher erhalten. *Praeiudicium* heißt überhaupt ein streitiger

 Punct,

44) Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 4. Band Nr. 81. und von Savigny Recht des Besitzes. 4. Abschnitt.

45) Cajus rathet dieses selbst in der *L. 24. D. de rei vindicat.* an, quia longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. S. Schmidts angef. Commentar 1. Band §. 146. S. 228.

46) S. Schmidts Lehrbuch §. 218. ff. und den angef. Commentar darüber. 2. Band. S. 1. ff.

Punct, der zuvörderst muß erörtert und entschieden werden, weil die Entscheidung einer andern Sache davon abhängt [47]), und wird sowohl von Klagen, von deren Entscheidung mehrere andere Rechtsfragen abhängen [48]), als von rechtlichen Einreden gebraucht, welche eher, als die Hauptsache selbst, erörtert und entschieden werden müssen [49]). Weil nun auch bey dem Zustande einer Person über die davon abhängenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht eher erkannt werden kann, als bis der Zustand selbst in Richtigkeit gesetzt ist, und daher von dem Erkenntniß über den Zustand zugleich die Entscheidung vieler anderer darauf sich beziehender Rechtsfragen abhängt, so werden deßhalb die den Zustand der Personen betreffende Klagen *actiones praeiudiciales* genennt. Diese **Präjudizialklagen** sind nun von verschiedener Art. Es wird entweder mittelst derselben wegen eines der drey bürgerlichen Hauptstände, nämlich der Freyheit, des Bürgerrechts, oder des Familienzustandes [50]), oder es wird wegen eines andern persönlichen Zustandes [51]) geklagt. Im erstern

47) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* RAEVARDI de Praeiudiciis libri II. *Brugis Flandror.* 1565. 8. und DUARENUS Lib. II. Disputat. anniversar. cap. 2.

48) *L. 37. D. de obligat. et action. L. 54. D. de iudiciis.*

49) *L. 13. L. 16. et 18. D. de exceptionib.*

50) *Iac. Thom.* GAUDLITII Diss. de actionibus familiae praeiudicialibus. *Lipsiae* 1767.

51) Z. B. wenn darüber Streit entstehet, ob Jemand vom Adel sey, oder seine bürgerliche Ehre habe, oder eines Meisters Sohn sey, und daher zum Meisterrecht zuzulassen? S. CARRACHII Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de actionibus Sect. II. cap. I. §. 5. et 6. pag. 56.

erstern Falle werden sie *actiones praeiudiciales directae*, im andern *utiles* genennt. Sie werden ferner in affirmative und negative Präjudizialklagen eingetheilt, je nachdem man entweder einen gewissen Zustand zu haben behauptet, dessen Rechte, in deren Besitz man sich jedoch nicht befindet, uns ein Anderer nicht einräumen will; oder einen gewissen Zustand zu haben läugnet, dessen Verbindlichkeiten uns Jemand aufbürden will. Wenn also Jemand darauf klagt, daß ihm das Bürgerrecht in einer gewissen Stadt, und folglich auch die Befugniß, bürgerliche Nahrung zu treiben zustehe, so ist dies die affirmative Präjudizialklage wegen des Bürgerschaftzustandes. Wenn hingegen der Kläger läugnet, daß er ein Stadtbürger, und also zur Leistung der ihm angesonnenen bürgerlichen Lasten verbunden sey, so ist diese Klage die negative Präjudizialklage *de statu civitatis* [52]). Von den Eigenschaften der Präjudizialklagen bemerken wir übrigens noch, daß sie zu den dinglichen Klagen gerechnet werden, weil es bey denselben mehr der Proprietät eines Rechts, welches Jemand zu behaupten, oder einem Andern streitig zu machen sucht, als der Verbindlichkeit einer Person gilt, dieselben auch überdem wider einen jeden angestellet werden können, der uns in der Ausübung unserer Zustandsrechte stöhrt [53]). Wenn wegen des Zustandes einer Per-

52) Man sehe Schmidts öffentliche Rechtssprüche im 4. Abschn. Nr. LXXXII. S. 551. ff.

53) So ist Justinian zu verstehen, wenn er §. 13. *I. de action.* sagt: Praeiudiciales actiones *in rem* esse videntur. Man sehe auch THEOPHILI Paraphr. gr. ad h. §. und HUBER ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 17.

Person nach vorhergegangener gründlicher Untersuchung einmal rechtskräftig erkannt worden ist, so gilt ein solcher rechtskräftiger Urtheilsspruch für eine rechtliche Wahrheit auch gegen alle nachherige Klagen, die wegen dieses Zustandes von andern Personen angestellet werden [54]). Denn der Stand klebt der Person an, und wofür Jemand einmal rechtkräftig erklärt ist, dafür muß er nun auch von einem jeden andern angesehen und gehalten werden [55]). Wäre wider den Contradictor blos aus Ungehorsam desselben erkannt worden, so giebt das rechtskräftige Urtheil wider einen Dritten keine Schutzrede [56]).

§. 273.

Eintheilung der aus dem Sachenrecht entspringenden Klagen.

Soviel die aus dem Sachenrecht entspringende Klagen anbetrifft, welche auch *actiones principales* genennt werden, so giebt es zwey Hauptgattungen derselben. Sie gründen sich nämlich entweder auf ein dingliches, oder auf ein persönliches Recht. Die Klagen der erstern Art heißen **Real- oder dingliche Klagen** (*actiones in rem, vindicationes, petitiones*); die der andern Art aber **persönliche Klagen**

54) *L. 25. D. de statu hom. L. 1. §. fin. L. 2. L. 3. pr. D. de agnosc. vel alend. lib.* CARPZOV in Iurispr. for. P. I. Constit. XXVI. definit. 16. nr. 1.

55) **Claproths** Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 104. S. 14.

56) *L. 17. §. 1. D. de inoff. testam. L. 27. §. 1. D. de lib. caus. L. 14. D. de appellat.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 25. D. de statu homin. nr. 3. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 277.

gen (*actiones in personam, condictiones*)[57]. Justinian[58]) sagt: Si quis agit cum eo, *qui ei obligatus est*, vel ex contractu vel ex maleficio, prodita est ACTIO IN PERSONAM, per quam intendit, *adversarium ei dare aut facere oportere*, et aliis quibusdam modis. Hingegen si quis cum eo agit, *qui nullo ei iure obligatus est*, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, prodita est ACTIO IN REM, veluti si rem corporalem possideat quisquam, Titius suam affirmet, possessor autem dominum eius se esse dicat: nam *si Titius suam esse intendat*, IN REM ACTIO est. Hiermit stimmen auch die Begriffe Ulpians[59]) überein, wenn er sagt: IN REM ACTIO est, per quam *rem nostram*, quae ab alio possidetur, *petimus*. IN PERSONAM ACTIO est, qua cum eo agimus, *qui obligatus est nobis, ad faciendum aliquid vel dandum*. Nach diesen römischen Begriffen waren also die beyden Arten der Sachklagen auf eine zweyfache Art unterschieden. 1) In Ansehung der Formel. Bey den actionibus

57) Hr. Prof. Thibaut in seinen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 2. Abh. verwirft zwar diese Theorie, und glaubt, daß der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen nicht sowohl aus dem Unterschiede zwischen dinglichem und persönlichem Rechte, sondern vielmehr umgekehrt der Unterschied dieser Rechte aus der Verschiedenheit jener Klagen abgeleitet, erklärt und bestimmt werden müsse. Allein daß seine Begriffe von dinglichen und persönlichen Klagen dem Geist des römischen Rechts auf keine Weise gemäß sind, hat Hr. Prof. Feuerbach in den civilistischen Versuchen 1. Th. Nr. VIII. ganz einleuchtend gezeigt.

58) *§. 1. I. de actionib.*

59) *L. 25. D. de obligat. et act.*

nibus in personam wurden in der Klagformel die Worte: *dare oportere, facere oportere*, oder andere gleichbedeutende Worte gebraucht; bey den actionibus in rem hingegen war die Formel: *ajo rem meam esse, ajo ius meum esse* [60]). 2) In Ansehung des Grundes. Die persönliche Klage hat eine *Obligatio* zum Grunde, insofern darunter ein solches Rechtsverhältniß verstanden wird, in welchem eine bestimmte Person wegen einer bey ihr besonders eintretenden Voraussetzung, diese bestehe nun in einer Handlung (Contract, Delict), oder in einer andern, ein solches Rechtsverhältniß nach den Gesetzen hervorbringenden Thatsache, gegen eine andere zu einer gewissen Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist. Das dieser besondern Verbindlichkeit entsprechende Recht (*ius obligationis, ius personale, ius ad rem*) ist es also, welches der Kläger durch die actio in personam verfolgt. Hingegen die dingliche Klage findet wegen eines solchen Rechts Statt, das uns ausserhalb einer *obligatio* zusteht, vermöge dessen wir von irgend etwas sagen können, es gehöre uns eigen. Daß die Römer wirklich die beyden Rechtsgattungen, nämlich das dingliche und persönliche Recht, als Grund der dinglichen und persönlichen Klagen voraussetzen, ergiebt sich noch aus einer andern Stelle der Institutionen, wo Justinian sagt: Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem, suam rem ita ab aliquo petere: *si apparet eum dare oportere.* Nec enim, quod actoris est, *id ei dari oportet*: scilicet, quia *dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, *ut eius fiat.* Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri

60) S. BRISSONIUS de formulis et solemn. P. R. verbis Lib. V. cap. 11 — 14. und cap. 18.

fieri potest. Diese Stelle bestimmt die Voraussetzung und den Grund zu beyden Gattungen von Klagen. Die persönliche Klage soll blos Statt finden, wenn ich nur erst eine Forderung habe; die dingliche Klage hingegen, wenn das Rechtsobject, das ich verfolge, schon zu dem Meinen gehört. Die eine Klagart läßt sich daher der andern nicht substituiren. Der weitere Unterschied dieser Klagen[61]) hängt von den Wirkungen des dinglichen und persönlichen Rechts ab, von welchen an einem andern Orte dieses Commentars (§. 176. u. 177.) gehandelt worden ist.

I. Die wesentlichen Merkmale der Realklagen sind nun also 1) von Seiten des Klägers Zuständigkeit eines dinglichen Rechts. 2) Von Seiten des Beklagten widerrechtliche Vorenthaltung desselben, oder Stöhrung in der Ausübung desselben. Daß sie gegen jeden Besitzer der Sache angestellt werden können, ist kein sicheres Merkmal, wie schon an einem andern Orte[62]) bemerkt worden ist. 3) Ihr Zweck ist Anerkennung, nicht Zuerkennung des dinglichen Rechts und seiner Folgen. Realklagen wären also solche Klagen, welche aus dem Grunde eines dinglichen Rechts wider denjenigen, der dem Kläger dieses Recht widerrechtlich vorenthält, dahin angestellet werden, daß dieses Recht, als dem Kläger zuständig, gerichtlich anerkannt, und dadurch die Anmaßung des Beklagten für widerrechtlich erklärt, auch derselbe zur Leistung der davon abhängenden Verbindlichkeiten angehalten werde[63]).

II. Per-

61) FROMMANN Differentiae actionum realium et personalium. *Tub.* 1670. GRASSUS in Praxi action. forens. Divis. V.

62) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 176. u. 177. S. 543. f.

63) S. Hübners Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts S. 103. besonders S. 116. ff.

II. Persönliche Klagen hingegen haben das Unterscheidende, daß sie aus dem Grunde, weil mir der Andere durch ein besonders Factum zu etwas verpflichtet ist, oder weil ihm das Gesetz eine unmittelbare Verbindlichkeit auflegt, gegen diesen dahin angestellt werden, daß er zur Leistung oder Erfüllung der meinem persönlichen Rechte entsprechenden Verbindlichkeit für schuldig erklärt und angehalten werde. Diese haben nun entweder blos gegen den Statt, aus dessen Handlung die obligatio entspringt, oder sie können auch gegen jeden dritten Besitzer darum angestellt werden, weil ihm das Gesetz eine unmittelbare Verbindlichkeit auferlegt hat. Im letzten Falle werden sie *actiones in rem scriptae* genennt, worunter also diejenigen persönlichen Klagen verstanden werden, wodurch man eine vom Gesetz jedem Besitzer auferlegte Verbindlichkeit verfolgt [64]). Dahin gehören z. B. die actio ad exhibendum, actio quod metus causa, u. a. m. von denen an ihrem Orte gehandelt wird.

Ob es nicht auch vermischte Klagen (*actiones mixtae*) gebe, die zugleich in einem dinglichen und persönlichen Rechte ihren Grund haben, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele [65]) wollen es läugnen; allein Justinian

64) S. Hübner a. a. O. S. 112. und Feuerbach a. a. O. S. 272. ff. Man s. auch *Sim. Pet.* GASSER Diss. de actionibus in rem scriptis, earumque genuino conceptu. *Halae* 1738.

65) Z. B. *Ant.* FABER de Errorib. pragmaticor. P. IV. Decad. 94. Err. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Institution. Lib. IV. Tit. 6. §. 15 – 22. *God. Reinold.* KOESELISIUS in Diss. de actionibus mixtis et non mixtis. *Vitemb.* 1727. Cap. II. u. besonders Hübner in den Berichtigungen S. 120. ff. Allein *Reinh.* BACHOVIUS in Tract. de actionibus Disp. II. §. 7. *Iul.* PACIUS in Analysi ad §. 20. I. de actionib. pag. 624. sq. Ger.

stinian widerlegt diese Meinung hinlänglich, wenn er sagt [66]: Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent. Alle diese hier genannte Klagen gehen auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, nun kann mit Recht keine Theilung verlangt werden, wenn man kein Miteigenthum an der Sache hat. Sie haben aber auch zugleich gewisse Personalforderungen zum Gegenstande, z. B. Ablegung der Rechnung, Schadensersatz, Leistung des Interesse; diese entspringen aus einem Quasicontract [67]. Ausser jenen Theilungsklagen wird auch die hereditatis petitio ausdrücklich eine actio mixta genennt [68]. Das Hauptrecht bey dieser Klage ist zwar das Erbrecht, sie ist daher in dieser Hinsicht eine actio in rem. Allein sie gehet auch zugleich auf gewisse praestationes personales, nämlich daß der Besitzer der Erbschaft Rechnung ablege und die Schäden ersetze [69]. Diese entstehen aus dem Factum

Ger. NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 12. *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 20. I. de actionib. und HEINECCIUS ad *Vinnium* pag. 782. haben diese Meinung hinlänglich widerlegt.

66) *§. 20. I. de actionib.*

67) *L. 1. D. fin. reg. L. 22. §. 4. D. fam. ercisc. L. 4. §. 3. D. comm. divid.* Man sehe hierbey vorzüglich *Franc.* HOTOMANNI Commentar. in Institutiones pag. 453.

68) *L. 7. Cod. de heredit. petit.*

69) *L. 25. §. 18. D. eod.*

Factum der Administration quasi ex contractu, und in dieser Rücksicht ist die Klage zugleich persönlich. Zuweilen können jedoch dergleichen gemischte Klagen mehr persönlich als dinglich seyn [70]). Ja es steht bey diesen Klagen dem Kläger frey, ob er blos dinglich oder persönlich klagen will [71]).

§. 274. u. 275.

Eintheilung der Personalklagen in *nativas* und *dativas*.

Personalklagen sind wieder von sehr verschiedener Art. Sie gründen sich entweder auf ein obligatorisches Factum, oder werden unmittelbar vom Gesetz, der Billigkeit wegen, gegeben. Erstere werden nativae, letztere hingegen dativae genannt [72]), z. B. actio ad exhibendum, condictio ex L. 32. D. de reb. credit. [73]). Bey diesen liegt eine unmittelbare Verbindlichkeit zum Grunde, wovon ich an einem andern Orte gehandelt habe [74]). Die actiones nativae entstehen nun entweder aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen. Erstere entweder aus einem acceptirten Versprechen, oder aus einem einseitigen erlaubten obligatorischen Factum. Z. E. aus einer Pollicitation oder Quasicon-

70) *L. 1. D. fin. reg.* Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1092. S. 877.

71) Schmidt im Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 1. Th. §. 33. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 193.

72) *Io. Andr.* FROMMANN Diss. collationem exhib. actionum dativarum cum nativis. *Tub.* 1683 und *Mich.* GRASSI Diss. de praxi antiquo-moderna actionum forensium in specie nativarum et dativarum. *Tub.* 1723.

73) S. *Io. Lud.* CONRADI Comm. de Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de reb. credit. *Marb.* 1774. 8.

74) Im ersten Theil dieses Commentars. §. 2.

contract. Klagen, die sich auf ein acceptirtes Versprechen gründen, können entweder aus eigentlich sogenannten Verträgen, oder aus Contracten entstehen. Letztere sind wieder von zweyerley Art, entweder Hauptklagen, actiones directae, wodurch auf Erfüllung der aus dem Contract entstehenden wesentlichen und Hauptverbindlichkeit geklagt wird, z. B. actio commodati directa, actio depositi directa; oder Gegenklagen, actiones contrariae, mit welchen bloß auf die Ersetzung eines bey Gelegenheit eines Contracts erlittenen Schadens wider denjenigen geklagt wird, der aus dem Wesen des Contracts nie, sondern nur zufälliger Weise verbindlich wird. Z. B. actio depositi, commodati contraria.

Die aus unerlaubten Handlungen entspringenden Klagen haben entweder die öffentliche Bestrafung des Beklagten, oder das eigene Interesse des Klägers zur Absicht. Im erstern Falle werden sie Criminalklagen, oder Accusationes, Anklagen, im andern hingegen Civilklagen (§. 195.) genannt [75]). Diese gehen entweder bloß auf die Entschädigung des Klägers, oder sie werden auf eine Privatstrafe gerichtet, d. i. auf eine Geldstrafe, welche dem Kläger zu Theil wird, oder es wird auf eine gewisse Summe Geld geklagt, die theils eine Entschädigung des Klägers, theils Strafe für des Beklagten Vergehen enthält. Erstere heißen actiones ex delictis mere rei persecutoriae, z. B. condictio furtiva, die andern

75) *Io. Andr.* FROMMANN actionum civilium et criminalinm differentiae principes. Differt. I. et II. Tub. 1682. besonders aber *Iof.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 32. D. de obligat. et action. pag. 627. sq.

dern actiones poenales, z. B. actio furti, die letztern actiones rei et poenae persecutoriae oder mixtae, z. B. actio de vi bonorum raptorum in quadruplum 76). Die Pönalklagen waren bey den Römern wieder von zweyerley Art, entweder populares 77) seu publicae 78), welche wegen des allen gemeinschaftlichen Interesse jeder aus dem Volke anstellen konnte, z. E. actio de albo corrupto (§. 209.), actio in factum de deiecto, insofern durch das Herunterwerfen ein freyer Mensch war getödtet oder verwundet worden; oder privatae, welche nur auf den Beleidigten allein, wegen des ihm bloß eigenen Interesse, eingeschränkt sind. Ob die römischen Pönalklagen auch in Teutschland Statt finden, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Die meisten Rechtsgelehrten 79) sind

76) *§. 18. I. de action.*

77) S. *Lib. XLVII. Tit. 23. D. de popularibus actionibus.*

78) *L. 30. §. 3. D. de iureiur. Nec mirum videri debet*, sagt FINESTRES a. a. O. pag. 628. PUBLICUM *pro* POPULARI *accipi, quum* PUBLICUM *dicatur quasi* POPULICUM.

79) Man sehe hier vorzüglich Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1127. Es sind jedoch zu den daselbst angeführten Schriftstellern noch hinzuzufügen *Marc. a* LYKLAMA Benedictorum libri IV. adversus male dicta et errores cum pragmaticorum tum aliorum circa actiones ex delicto mere poenales et mixtas. *Lugd. Batav.* 1617. 8. *Christ.* THOMASII Diss. de usu actionum poenalium iuris Rom. in foris Germaniae. *Halae* 1693. *rec.* 1740. *Aug. Wilh.* DREYER Diss. de Iuris Rom. et speciatim de actionum poenalium in foris Germaniae auctoritate *Goettingae* 1774 *Io. Tob.* CARRACHII Adnotation. ad BOEHMERI doctrinam de actionibus. Sect. I. Cap. III. ad §. 11. pag. 31. sq. *Lud. God.* MADIHN in Princip. iuris Rom. P. I. §. 155. und Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. I. Th. §. 44. S. 56. ff.

sind der Meinung, daß sie unserer heutigen Verfassung gar nicht angemessen sind, und daher in Teutschland der Regel nach nicht Statt finden. Allein wenn gleich diese Meinung in der Praxis die herrschende ist, so dürfte es doch der Theorie des Rechts nicht an Gründen fehlen, die Anwendbarkeit derselben auch in Teutschland zu rechtfertigen, wie Herr Prof. Weber [80]) überzeugend dargethan hat. Soviel ist indessen gewiß, daß nicht alle Klagen, die z. B. auf eine doppelte Erstattung des Unsrigen abzwecken, deßwegen gleich Pönalklagen sind, und heutiges Tages wegfallen. Sondern man hat vielmehr bey richtiger Beurtheilung der römischen Pönalklagen immer darauf zu sehen, ob sie einmal aus einer unerlaubten Thathandlung auch wirklich entspringen, und dann zweitens, ob dasjenige, was die Gesetze mehr, als das Einfache, zu fordern erlauben, bloß als Strafe anzusehen sey. Denn so giebt es 1) Klagen, die zwar auf das duplum angestellet werden können, aber doch darum nicht für Pönalklagen zu halten sind, weil sie weder aus einem Delict noch Quasidelict entstehen, ohne welches sich doch keine Strafe gedenken läßt [81]). Ein Beyspiel giebt die *actio de tigno iuncto*. Denn diese findet auch gegen einen bonae fidei possessor Statt, bey welchem sich doch weder ein wahres noch Quasidelict gedenken läßt. Dennoch verbinden ihn die Gesetze zum Ersatz des doppelten Werths der verbaueten Materialien [82]). 2) Können Klagen

80) Versuche über das Civilrecht I. Abh. §. 23. S. 67. Den heutigen Gebrauch vertheidigen auch HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 802. und THIBAUT im Syst. des P. B. 1. B. §. 66.

81) *L. 131. pr. D. de Verb. signif.* Poena sine fraude esse non potest. Poena enim est noxae vindicta.

82) *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Dissert. VI. Cap. 2. (*Oper. a* IUNGIO *editor.* Tom. I. Nr. III. pag. 128.) und

gen zwar aus einer unerlaubten Handlung entspringen, allein doch darum, weil die Gesetze bey der Bestimmung des doppelten Ersatzes nur hauptsächlich die vollkommene Entschädigung des Klägers aus Gründen der Billigkeit zur Absicht gehabt haben, um nämlich denselben hierdurch des ihm sonst obliegenden schweren Beweises seines habenden Interesse zu überheben, eigentlich nicht für Pönalklagen gehalten werden. Hiervon geben die *actio de tigno iuncto* gegen einen malae fidei possessor, ferner die *actio rationibus distrahendis* gegen einen Vormund, welcher während der Vormundschaftsverwaltung etwas von dem Vermögen des Pupillen unterschlagen hat, deßgleichen die *actio ex testamento* wegen verweigerter oder verzögerter Auszahlung des einer Kirche oder anderen milden Stiftung hinterlassenen Vermächtnisses, treffende Beyspiele. Denn in allen diesen Klagen soll das duplum nur statt einer vollkommenen Schadensersetzung dienen [83]).

Wenn

und Westphal in dem System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 441. haben dieses so bündig erwiesen, daß gar kein Zweifel übrig seyn kann.

83) S. Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 1175. Ebenderselbe §. 1092. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exerc. XLIX. §. 13. BOEHMER in doctr. de actionib. Sect. II. cap. VI. §. 22. not. u. LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandectar. Lib. XXVII. Tit. III. §. 26. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 686. Webers Versuche 1. Abh. §. 3. S. 16. f. L. B. a WERNHER in Obſervat. forenſ. T. II. P. VI. Obſ. 367. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Prozeß. II. Th. §. 105. S. 18. und 19. HOMMEL ad MENCKENII Introduct. in doctr. de actionib. for. Sect. II. c. II. Membr. XVI. Not. 1034. Anderer Meinung sind jedoch THOMASIUS cit. Diſſ. Cap. III. §. 38. et 43. *Mich. God.* WERNHER in lectiſſ. Commentat. ad Pandect. lib. XXVII. Tit. III. §. 17. p. 502. CARRACH in Adnotat. ad BOEHMERUM pag. 278.

Wenn unser Verfasser am Ende des §. 174. die Klagen in certas und arbitrarias eintheilt, je nachdem sie entweder auf einen gewissen bestimmten Gegenstand gerichtet werden, oder die Bestimmung dessen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten hat, ganz allein von dem Ermessen des Richters abhängt, wie z. B. bey der *condictio de eo quod certo loco*, wo es auf eine Bestimmung des Interesse ankommt (§. 846.); so ist hierbey zu bemerken, daß actiones arbitrariae auch noch in einer andern viel gewöhnlichern Bedeutung in unserm römischen Rechte genommen werden. Man versteht nämlich darunter solche Klagen, bey welchen sich der Beklagte durch seinen Ungehorsam ein härteres Urtheil zuzog, wenn er der richterlichen Sentenz keine gutwillige Folge leistete[84]). In einigen Fällen war es nun schon durch die Gesetze bestimmt, auf wie hoch der Richter den Beklagten seines bewiesenen Ungehorsams wegen verurtheilen konnte, z. B. bey der actione quod metus wurde der Beklagte, wenn er die Sache nicht auf Befehl des Richters dem Kläger restituirte, auf das Vierfache condemnirt; in andern aber war der obsiegende Theil zum iuramento in litem gelassen, mittelst welchen er seinen Schaden taxiren

84) Man vergleiche hierüber *Io. Mathaei* MAGNI (eigentlich *le* GRAND) Rationum et differentiarum iuris civilis liber I. de actionibus arbitrariis. Anjou 1602. 8. und hernach zugleich mit dem andern Buche de eo, quod interest, zu Paris 1605. 8. (in *Thesaur. Meermanniano* Tom. III. p. 266. sqq.) *Gabriel de* GAST Disput. de actione arbitraria. Orleans 1576. 4. (*Thes. Meermann* Tom. VI. pag. 735. sqq.) *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. IV. Decad. LXXXIX. err. 4 — 10. *Io.* CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. IV. cap. 12. und BACHOVIUS de actionibus. Disput. VII.

taxiren konnte, nämlich wie viel er sich dadurch verletzt hielt, daß der Gegentheil dem richterlichen Urtheil kein Genüge geleistet, wie z. B. bey der reivindicatio [85]), der actio de dolo, actio ad exhibendum u. a. m. Solche actiones arbitrariae unterscheiden sich also darin von andern Klagen, daß bey denselben gewöhnlicher Weise zwey Sentenzen des Judex, von welchen die erste *arbitrium*, die andere aber erst *iudicium* oder *condemnatio* hieß, vorhergiengen, ehe sich der obsiegende Theil mit der actione rei iudicatae beym Prätor meldete, dahingegen bey andern derjenige, welcher den Prozeß gewonnen hatte, sogleich ohne weitere Umstände zum Prätor gieng, und um die Vollstreckung des Urtheils bat [86]). **Anton Faber** [87]) will behaupten, daß diese actiones arbitrariae heutiges Tages gänzlich aufgehoben wären. Allein schon **Wilhelm Masius** [88]) hat diesen Irrthum widerlegt. Nur so weit geht freylich bey uns die Gewalt des Richters nicht, daß er den Beklagten seines Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte [89]).

§. 276.

85) *Matth. Le* GRAND Ration. et Different. iur. civ. Lib. I. c. 6. sucht zwar zu behaupten, als wenn nur allein prätorische Klagen arbitrariae seyn könnten, civiles aber nicht, und folglich die Rei vindicatio keine actio arbitraria sey; allein daß diese Meinung ganz irrig sey, zeigt Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 977.

86) S. Reinhards Samml. jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. S. 338. f.

87) de Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVIII. err. 5.

88) in Tr. de rei debitae aestimatione. *Lovanii* 1653. P. II. c. 10. et 13. sqq.

89) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1135. und meine Opuscula Fasc. IV. pag. 86.

§. 276.

III) Eintheilung der Klagen nach ihrem Gegenstande in Universal- General- und Specialklagen.

Klagen können entweder eine universitas iuris z. B. eine Erbschaft, bonorum possessio, peculium eines Arrogirten; (§. 175. a.) oder einen Inbegriff mehrerer verschiedener Dinge, welche zusammen ein gewisses genus ausmachen, z. B. die aus einer geführten Vormundschaft, oder aus einer Societät, oder unternommenen Geschäftsverwaltung entspringende verschiedene Verbindlichkeiten; oder endlich eine bestimmte singulaire Sache oder Summe zum Gegenstande haben. Im erstern Falle werden sie actiones universales, im andern generales, im dritten speciales oder singulares genennt [90]). Der Unterschied bestehet darin, daß bey den actionibus universalibus, z. B. bey den Erbschaftsklagen, der Beklagte, wenn er statt der vorigen zur Universitas gehörig gewesenen Sache etwas anderes besitzt, er auch dieses, zu Folge der hier eintretenden Regel: *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*, (§. 175. a.) dem Kläger herausgeben muß [91]). Sie können aber doch nur, wie Specialklagen, einmal angestellet werden. Wenn daher z. B. schon einmal mit der actio familiae herciscundae auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft geklagt worden ist, und es finden sich in der Folge noch einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, die nicht zur Vertheilung gekommen sind, so

90) GRASS in Praxi action. forens. Divis. XV. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 107.

91) *L. 22. L. 25. §. 1. D. de hereditat. petit.*

so kann deßfalls nicht noch einmal das judicium familiae erciscundae angestellet, sondern es muß judicio communi dividundo geklagt werden [92]). Anders verhält sich die Sache mit den actionibus generalibus. Denn da diese mehrere verschiedene Gegenstände unter sich begreifen, so können dieselben auch mehr als einmal wider eben denselben Beklagten, nämlich wegen anderer Punkte, angestellet werden, als worüber vorhin geklagt worden ist, ohne daß dem Kläger die exceptio rei judicatae entgegengesetzt werden kann [93]) Es kann sogar bey diesen Klagen wegen besorglicher ferneren Ansprüche Sicherheit verlangt werden [94]).

§. 277.

IV) Eintheilung der Klagen in Ansehung ihres Ursprungs und V) in Ansehung ihrer Dauer.

Klagen sind ferner in Ansehung ihres Ursprungs entweder actiones civiles oder honorariae, je nachdem sie entweder aus dem römischen Civilrecht, insofern solches dem iuri honorario entgegengesetzt wird, oder aus demjenigen Rechte, welches durch die Edicte der römischen Magistratepersonen ist eingeführt worden, herrühren. Die Civilklagen sind entweder durch ausdrückliche Civilgesetze eingeführt, oder von den römischen Rechtsgelehrten erfunden worden. Erstere haben ihren Ursprung entweder durch die ältern allgemeinen römischen Civilgesetze, z. B. durch die zwölf

92) *L. 20. §. 4. D. fam. erciscund.*

93) *L. 38. pr. D. pro socio. L. 2. C. de iudiciis.* Schmidt im angef. Commentar I. Th. §. 46.

94) *L. 27. et 38. D. pro socio.* Claproth a. a. O. S. 36.

zwölf Tafelgesetze, leges centuriatas, Plebiscita u. dgl. oder durch neuere und besondere Civilgesetze, z. B. durch kaiserliche Constitutionen erhalten. In dem letztern Falle werden solche Civilklagen, die durch die neuern bürgerlichen Gesetze vorzüglich in solchen Fällen sind eingeführt worden, wo vorher kein Klagerecht Statt fand, condictiones ex Lege genannt [95]). So z. B. kann nach einer Verordnung des Krs. Justinian aus einer Schenkung unter den Lebendigen geklagt werden, wenn sie auch mit blos gemeinen Worten, und ohne die Formel einer Stipulation geschehen ist. Die Klage heißt *condictio ex L. 35. Cod. de donation.* Die actiones honorariae sind wieder von zweyerley Art; sie entstehen entweder aus den Edicten der Prätoren, oder der Aedilium curulium. Erstere werden actiones praetoriae, letztere aber aedilitiae genennt. Zu diesen gehört z. B. die actio redhibitoria und quanti minoris. Allein die actio publiciana, actio serviana, rescissoria, de constituta pecunia u. a. m. sind prätorische Klagen. Klagen sind ferner entweder in den Worten der Gesetze ausdrücklich enthalten, oder durch eine auf den Grund des Gesetzes gebaute extensive Interpretation eingeführt, oder sie sind weder aus den Worten, noch aus dem Grunde eines Gesetzes, sondern blos aus der Billigkeit hergeleitet worden. Erstere werden actiones directae [96]),

95) WESTENBERG de causis obligationum. Dissertat. IV.

96) *Io. Bernh.* FRIESEN Diss. de actione directa, utili et contraria. *Ienae* 1706. Jedoch haben die Ausdrücke actio directa und utilis auch noch eine andere Bedeutung. S. Höpfners Commentar §. 1091.

die andern utiles[97]), die letztern aber actiones in factum[98]) genennt.

Die Klagen theilt unser Verf. endlich noch in Absicht auf ihre Dauer in actiones perpetuas und temporales ein. Nach dem ältern römischen Rechte hießen actiones perpetuae diejenigen Klagen, die in keinen Zeitraum eingeschränkt waren, sondern wirklich ewig dauerten[99]). *Temporales* aber wurden diejenigen genennt, die nur bis auf eine gewisse gesetzlich bestimmte Zeit dauerten, nach deren Ablauf aber erloschen. Allein nachdem Kr. Theodosius der jüngere[100]) den ehemals immerwährend gewesenen Klagen eine Dauer von dreyßig Jahren vorgeschrie-

97) S. *Io. Christph.* HARTUNG und *Fried. Gott.* ZOLLER Diss. de actionibus utilibus.

98) MEISTERI Diss. de actionibus in factum; in *Opus.* T. I. p. 366. Noch mehrere Bedeutungen von der actio in factum kommen Lib. XIX. Tit. 5. vor.

99) *Pr. Institut. de perpet. et temp. act. L. 21. §. 1. D. Quod metus causa.*

100) Nicht THEODOSIUS MAGNUS, wie Cujaz lib. XVIII. Observat. c. 26. Rücker in Diss. de civ. et naturali temp. computat. in iure Cap. IV. §. 7. u. a. m. dafür halten, welche irrige Meinung *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. C. Theod. de action. certo temp. finiend. (*Tom. I. Cod. Theodos.*) *Ev.* OTTO in Commentar. ad pr. I. de perpetuis et temp. act. et in Praefat. ad Tom. III. *Thesauri Iur. Rom.* pag. 3. *I. L. E.* PÜTTMANN in Diss. iuris canon. de Legislatore Ephesino ad cap. 5. X. de praescript. Cap. I. §. 5. (in *Probabil. iur. civ. lib. sing.* p. 174.) und *Christ. Fried.* POHL in Diss. de origine atque fatis praescriptionis longissimi temporis usque ad Iustinian. *Lipsiae* 1779. §. 7. hinlänglich widerlegt haben.

schrieben hat [1]); so werden nach dem neuern römischen Rechte diejenigen Klagen, welche dreyßig und mehrere Jahre dauern, *perpetuae*, diejenigen aber, welche binnen einer kürzern Zeit angestellet werden müssen, *actiones temporales* genennt. Von der Dauer der Klagen wird Lib. XLIV. Tit. 3. von den übrigen Eintheilungen der Klagen aber gelegentlich gehandelt werden.

§. 278.

Wesentliche Stücke eines Klaglibells.

In diesem und den folgenden Paragraphen will nun unser Verf. zeigen, wie eine Klagschrift einzurichten sey. Da jedoch die unten [2]) angeführten Schriftsteller diese Materie schon so ausführlich abgehandelt haben, daß wenig mehr zu sagen übrig ist, so werde ich mich hier mit Beziehung auf dieselben ganz kurz fassen können. Ein Klaglibell muß überhaupt so eingerichtet werden, daß daraus erhellet, 1) was der Kläger für Forderungen an den Beklagten macht, 2) auf welchen rechtlichen Gründen diese Forderungen beruhen, und 3) wie der Kläger will, daß der Richter in der Sache verfahren und erkennen soll. Eine Klagschrift besteht

Rr 4

1) *L. 3. C. Iust. de praescr. XXX. vel XL. annor.*

2) Clar in der angef. Abhandl. von der Klage, Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 11. ff. und §. 81. ff. desselben Sohn im Commentar über die angef. §§. des väterlichen Lehrbuchs, Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 60. ff. Elsässers Beyträge zur Theorie von der Klage in Rücksicht auf den ordentl. bürgerl. Prozeß, in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen. IV. Band. Nr. IX. S. 143. ff. und Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XXXIII.

steht demnach im Wesentlichen aus drey Hauptstücken, der Geschichtserzählung, dem Klagegrunde und dem Gesuche.

§. 279.

I. Geschichtserzählung.

Die Geschichtserzählung ist eine kurze, genaue und deutliche Darstellung aller factischer Umstände, welche zur Begründung der Klage gehören, und die Klage veranlaßt haben, so wie selbige der Zeitordnung nach auf einander gefolgt sind. Die Geschichtserzählung ist also I. nach den Regeln eines erzählenden Vortrags einzurichten. Daher müssen die zu derselben gehörigen Thatumstände im periodischen Zusammenhange vorgetragen werden. Der ehemals auch im Civilprozeß üblich gewesene artikulirte Libell, worin alle Umstände und Gründe der Klage in lauter besondere, mit dem Worte Wahr sich anfangende Sätze zerlegt waren, ist wegen der über die Zuläßigkeit der einzelnen Artikel jedesmal entstandenen unsäglichen Streitigkeiten verboten[3]). II. Die Geschichtserzählung muß zwar vollständig seyn, und sich über alles verbreiten, was zur Anerkennung des eingeklagten Rechts gehört. Doch muß dabey alle Weitläuftigkeit vermieden, und folglich nichts mehr von Thatumständen in der Klagschrift angeführt werden, als was zu der Klage, die man anstellt, ihrer Natur nach gehört, und künftig im Läugnungsfalle erwiesen werden muß. III. Be-

3) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 34. Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des Prozesses. 1. Band. Nr. 3. und G. L. Böhmers Vorrede zum 2. Band der Exercitat. ad Pand. seines Vaters.

III. Besonders hüte sich der Kläger, in die Geschichtserzählung Anführungen und Widerlegungen von Behauptungen einzumischen, auf welche der Beklagte Einreden gründen kann. Die Replik mit der Klage zu verbinden, ist daher zweckwidrig, streitet gegen die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens, und ist nie rathsam [4]). IV. Enthält die Klagschrift mehrere ganz verschiedene Punkte, so müssen diese der Deutlichkeit wegen von einander abgesondert, und mit Zahlen unterschieden werden. Ein solches punctweise abgefaßtes Klageschreiben ist in den Gesetzen nicht verboten, und von einem articulirten Libell sorgfältig zu unterscheiden.

§. 280. u. 281.

Vom Klagegrunde.

Jede Klagschrift muß ferner einen Klagegrund (*fundamentum agendi, causa petendi*) enthalten. Dieser besteht in der Ausführung des Rechts, woraus geklagt wird, und vermöge welchen der Kläger befugt ist, dasjenige gerichtlich zu fordern, was die Klage bezweckt [5]). Sollte sich jedoch des Klägers Forderung schon in der deutlichen Verordnung des gemeinen Rechts gründen, so ist nicht nöthig, daß der Kläger diese gesetzliche Vorschriften in seine Klagschrift mit einrücke, da sie dem Richter ohnehin bekannt seyn müssen.

4) S. *Chr. Ehr. Ad.* FRITZSCH Diss. de replica libello inserenda. *Lipsiae* 1736. Gönners Handbuch 2. B. Nr. XXXIII. §. 2. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 166.

5) S. Gönners Handbuch 2. B. Nr. XXXIII. §. 3. f. und Martins Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 85.

müssen [6]). Nur dann, wenn das Recht, worauf man sich gründet, zweifelhaft ist, oder der Grund der Klage in einem besondern Rechte, oder Privilegium, oder einer Observanz, so noch eines Beweises bedarf, gesetzt wird, erfordert es die Nothwendigkeit, diejenigen rechtlichen Gründe im Klagelibell auszuführen, aus denen die Rechtmäßigkeit des nachstehenden Gesuchs erhellet. Ohne einen Klagegrund kann keine Klage Statt finden, und da aus diesem sowohl, als aus dem ganzen Inhalt des Klagelibells beurtheilt werden kann, welche Klage angestellet worden, so erhellet zugleich hieraus, warum der Kläger nicht nöthig habe, den Namen der Klage im Libell auszudrücken [7]). Bey jeder Klage, sie betreffe nun den Besitz oder das Recht selbst, und dieses sey so verschieden, als es wolle, ist immer ein doppelter Klagegrund zu unterscheiden, nämlich der nächste oder allgemeine, und der entfernte oder besondere. Ersterer besteht darin, daß bloß im Allgemeinen die Art des Rechts, woraus man klagt, oder die Verbindlichkeit des Beklagten überhaupt in dem Klaglibell ausgedrückt wird; letzterer aber darin, daß zugleich die factischen Gründe, wie das Recht des Klägers erworben worden, oder die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, angeführt werden. Da Schmidt im Lehrbuche von Klagen [8]) die Frage: was jede Hauptklage für einen nächsten und entfernten Klagegrund habe? schon ausführlich abgehandelt hat, so kann ich mich der Kürze wegen füglich darauf beziehen. So unstreitig

6) Jüngst. Reichsabsch. §. 96.

7) Man vergleiche hier vorzüglich EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. c. Tom. I. pag. 207.

8) 1. Th. §. 97—99.

streitig nun bey persönlichen Klagen nicht nur der nächste, sondern auch der entfernte Klagegrund, nämlich der Name des Contracts, Delicts, oder sonstigen Geschäffts, woraus die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, jedesmal angezeigt werden muß, wenn nicht der Libell, als zu allgemein und unbestimmt, verworfen werden soll [9]); so behauptet man dennoch insgemein, daß es bey den dinglichen Klagen hinlänglich sey, nur überhaupt die Gattung des dinglichen Rechts anzuführen, worauf man seinen Anspruch gründet, die Angabe eines besondern Rechtstitels aber, wodurch man das klagbar gemachte dingliche Recht erworben hat, keinesweges erfordert werde, sondern nur allenfalls räthlich sey. Allein die bey den Römern gültig gewesenen Klagformeln: *ajo me esse heredem*; *hanc rem meam esse ajo ex iure Quiritium*, welche nur die Art des verfolgten Rechts, nicht aber den Titel der Erwerbung ausdrückten, sind in Teutschland weder üblich, noch erlaubt. Die Klage muß doch eine genaue und vollständige Geschichtserzählung enthalten. Wenn nun der Kläger blos sagen wollte: Titius ist gestorben, und ich bin sein Erbe, so ist ein solcher Libell viel zu allgemein gefaßt, und muß daher als unschicklich verworfen werden. Denn wie ist hier eine specielle Litiscontestation möglich? wie kann sich auch der Beklagte gegen eine solche Klage, die nur den allgemeinen Klagegrund enthält, gehörig vertheidigen, und die nöthigen Exceptionen derselben entgegensetzen, welche doch nach Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes §. 34. sogleich bey Verlust derselben der Litiscontestation angehängt werden müssen?

9) *L. 14. §. 2. L. 27. D. de except. rei iudic. Cap. 3. X. de libelli oblat.*

sen [10])? Die Anführung des besondern Klagegrundes kann überdem in mehr als einer Rücksicht für den Kläger sehr nützlich seyn. Denn 1) kann der Kläger, bey bloßer Anführung des nächsten Klagegrundes, von Seiten des Beklagten wohl weiter nichts, als eine allgemeine Ableugnung desselben erwarten. Da ihm nun der Beweis obliegt, so verliert er hierdurch den Vortheil, Elisivartikel zu übergeben, wodurch er hätte des Beklagten Einreden wider den besondern Klagegrund entkräften, und dem Beweise seiner Klage ein desto größeres Gewicht geben können [11]). 2) Bleibt dem Kläger, wenn er auch den Prozeß verlieren sollte, dennoch, sofern der Beklagte blos wegen des vom Kläger angeführten und nicht erwiesenen besondern Klagegrundes von dem Anspruche desselben entbunden worden, alsdann noch immer unbenommen, die nämliche Sache noch einmal aus einem andern Titel gerichtlich zu verfolgen, ohne daß ihm die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegenstehet [12]).

§. 282.

10) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. und besonders *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 10. Gönner im Handbuch 2. Band. Nr. XXXIII. §. 4. Grolman in der Theorie §. 166. S. 327. und Weber zu Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 100. Not. z. S. 95.

11) EMMINGHAUS in not. ad *Cocceji* I. C. C. cit. loc. not. b. Tom. I. pag. 206.

12) *L. 11. §. 2. D. de except. rei iudic. Cap. 3. de sentent. et re iudic. in 6to.* L. B. a WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 481. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4362.

§. 282.

Vom Gesuche. Strafe des Zuvielbittens nach römischen und heutigen Rechten.

Den Schluß einer Klageschrift macht das Gesuch aus, welches in einem aus der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde gefolgerten, und sowohl der gewählten Prozeßart als dem Gegenstande des Rechtsstreits angemessenen Vortrage des Klägers bestehet, wie der Richter nach der Ordnung des Prozesses in der Sache verfahren, und demnächst erkennen solle. Dieses Gesuch ist demnach doppelt. Es geht theils auf die Verfügung des gehörigen Verfahrens, theils auf das, diesem nachfolgende Definitiverkenntniß in der Sache selbst. Jenes nennt man das vorläufige oder prozessualische Gesuch, und betrifft den Lauf des Prozesses. Es richtet sich daher nach der verschiedenen Art desselben, und ist anders im executivischen, als beym ordentlichen bürgerlichen Prozesse einzurichten. Letzteres nennt man die Bitte in der Hauptsache oder das eigentliche Klagegesuch; dieses betrifft das verfolgte Recht selbst, oder den Gegenstand des Rechtsstreits, und muß der Natur der angestellten Klage durchaus gemäß, und so gefaßt seyn, daß man daraus des Klägers Intention deutlich ersehen kann, wie er nämlich will, daß der Richter in der Hauptsache erkennen soll [13]). Es muß daher das Gesuch 1) concludent, d. i. dem Grunde der Klage und der Geschichtserzählung gemäß, 2) bestimmt und auf etwas gewisses gerichtet seyn. Ist jedoch die Klage eine actio uni-

13) Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 214.

universalis oder generalis (§. 276.), oder eine solche Klage, wo es vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er den Beklagten condemniren will (§. 274.), so wird auch ein allgemeines Gesuch für zuläßig gehalten. Zuweilen kann auch die Bitte alternativ eingerichtet werden, daß man nämlich von dem Beklagten fordert, er soll entweder das eine oder das andere leisten. Dieses kann geschehen, wenn entweder die vorhandene klare Verordnung eines Gesetzes [14]), oder ein herrschend gewordener Gerichtsgebrauch [15]), oder ein ausdrückliches Versprechen, dieses oder jenes zu leisten, oder die letzte Willensverordnung eines Verstorbenen dem Beklagten eine alternative Verbindlichkeit auflegt. Ist hingegen der Beklagte zwar zu einer bestimmten Leistung, jedoch dergestalt verbunden, daß ihm die Freyheit, ein drittes Auskunftsmittel zu wählen, überlassen bleibt, wodurch er sich jener Verbindlichkeit entledigen kann [16]), so darf eigentlich nicht alternativ geklagt werden;

14) Dies ist z. B. der Fall bey der ästimatorischen Klage, welche aus dem Trödelcontract entspringt. *L. 1. §. 1. D. de aestimatoria.* Nicht weniger bey dem *Interdicto ex L. 7. D. de damno infect.* Vid. BOEHMER Diss. de libellis alternativis. Cap. II.

15) Eine solche alternative Verbindlichkeit hat der Gerichtsgebrauch bey der Schwängerungsklage eingeführt, bey welcher daher das Gesuch dahin gerichtet wird, daß der Beklagte die Klägerin entweder heyrathe, oder ausstatte. S. *I. H.* BOEHMER cit. Diss. de libellis alternativis. Cap. II. §. 8. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovii* pract. nov. rer. crim. Quaest. LXVIII. Obs. 1.

16) Hierher gehören z. B. die actio de pauperie, remedium L. 2. C. de rescind. venditione, actio hypothecaria contra tertium posses-

den [17]); geschieht es indessen, so wird der Libell deshalb nach dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht verworfen, sondern nach der Billigkeit so erklärt, daß der Beklagte zu dem, was die eigentliche Hauptverbindlichkeit desselben mit sich bringt, verurtheilt werde, wofern sich nicht etwa derselbe des ihm von den Gesetzen freygelassenen dritten Auskunftsmittels lieber bedienen wollte [18]). Von der alternativen Bitte ist die subsidiarische wohl zu unterscheiden, welche in einem solchen Falle Statt findet, wo der Beklagte durch sein Verschulden seiner Verbindlichkeit kein Genüge zu leisten vermag. Hier fällt die Wahl weg, die bey einer alternativen Verbindlichkeit dem Beklagten zusteht [19]). Endlich 3) darf auch der Kläger in keinem Falle vorsätzlich mehr bitten, als er zu fordern berechtiget ist, sonst steht ihm die exceptio plus petitionis entgegen. Die Plurispetitio kann nun auf mancherley Art begangen werden [20]).

possessorem. *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hyp.* Man sehe jedoch *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 22.

17) *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8. und EMMINGHAUS ad Eundem T. I. pag. 211. sq.

18) BOEHMER cit. Diss. de libell. alternativ. Cap. III. Man hat in der Praxis die Regel angenommen, *quod omnis libellus, quantum fieri potest, sustinendus sit*, welche auch das canonische Recht *cap. 5. X. de pignorib.* als billig anerkennt.

19) HERT Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita; in *Opusc.* Vol. I. T. III. pag. 348. sqq.

20) *§. 33. I. de actionib.* *Io.* WUNDERLICH Diss. sistens theoriam et usum practicum doctrinae de pluris petitione. *Rintelii* 1761.

a) In Ansehung der Sache selbst, die den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, (*plurispetitio re*) wenn der Kläger eine größere Summe, oder einen größeren Theil von einer Sache fordert, als ihm gebührt.

b) In Ansehung der Zeit (*plurispetitio tempore*) wenn auf die Bezahlung der Schuld geklagt wird, ehe noch der Zahlungstermin verstrichen ist.

c) In Ansehung des Ortes, (*plurispetitio loco*) wenn auf die Schuld an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, geklagt wird. Endlich

d) in Ansehung der Schuldbeschaffenheit, (*plurispetitio causa*) wenn die Schuld nicht in der Mass' von dem Beklagten gefordert wird, als er dazu verbindlich ist. Dahin gehört, wenn der Beklagte nur alternativ zu diesem oder jenem verbunden ist, er aber dennoch schlechthin auf eins von beyden belanget wird; oder wenn der Beklagte sich nur überhaupt zu einem gewissen genus verbindlich gemacht hat, so daß die Wahl der zu leistenden Species ihm überlassen ist. und dennoch wider ihn sogleich auf eine gewisse Species geklagt wird. Aus einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, die wir in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex [21]) finden, ist zu ersehen, daß zuerst die römischen Rechtsgelehrten durch ihre Gutachten diese

21) *L. 2. Cod. Hermog. de calumniator. et plus petendo.* Plus petitur, sicut responsis Prudentum continetur, summa, loco, tempore, causa, qualitate, aestimatione. Die letztern Worte *qualitate et aestimatione* sind blos eine Erklärung des Worts CAUSA, und machen daher keine besondere Arten der plurispetitio aus, wie schon *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 712. Not. 7. bemerkt hat.

diese verschiedene Arten der Plurispetitio bemerklich gemacht haben, jedoch nahm sie der Prätor auch in sein Edict auf [22]). Die Strafe bestand ursprünglich in dem Verlust der ganzen Forderung [23]). Zwar wollen verschiedene angesehene Rechtsgelehrte behaupten, als ob diese Strafe nur in iudiciis stricti iuris (§. 190.) statt gefunden habe, in den iudiciis bonae fidei aber darum nicht, weil es die Billigkeit nicht erlaubt habe, den Kläger um einer bloßen Mehrforderung willen für sachfällig zu erklären [24]). Allein da in den Gesetzstellen, welche von der Strafe des Zuvielbittens handeln, von diesem Unterschiede inter iudicia bonae fidei und stricti iuris nichts erwähnet wird, überdem die interrogationes in iure, welche doch als ein Mittel, jener Strafe zu entgehen, bey den Römern waren eingeführt worden [25]) bey den iudiciis bonae fidei so gut, als bey den iudiciis stricti iuris üblich gewesen sind [26]), so scheint mir diese Meinung noch

22) Denn auch in dem Edicto perpetuo war ein Titel *de plus petendo* befindlich, wie *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. c. 14. erwiesen. Siehe auch *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. de histor. Edictor. pag. 367. sqq.

23) PAULUS *lib. I. Sentent. Receptar. Tit. 10.* et *Lib. II. Tit. V. §. 3. in fin. L. 2. Cod. Hermog. cit.* apud SCHULTING cit. loc. § 33. *Inst. de actionib.*

24) *Franc.* HOTOMANNUS, *Ian. a* COSTA, *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 33. Inst. de actionib. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. p. 241. Not. 7. und pag. 274. Not. 12. HEINECCIUS in Opusc. postum. p. 368. und WUNDERLICH cit. Diss. §. 8.

25) *L. 1. pr. D. de interrogationib. in iure fac.* S. auch *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de eodem argumento pag. 6. sqq.

26) *Io. Phil.* CARRACH in Exercit. sist. facilimenta de interrogationibus in iure earumque defectu in foris Germ. *Halae* 1751. §. 5. hat dieses aus vielen Beyspielen erwiesen.

noch vielem Zweifel unterworfen zu seyn. Die Kr. Zeno und Justinian hoben jedoch jene Strafe der pluris petitio bis auf einen gewissen Fall [27]) ganz auf, und verordneten dagegen, daß wenn Jemand zu früh klagen würde, der Zahlungstermin zur Strafe des Gläubigers verdoppelt, und den Beklagten die dadurch verursachten Prozeßkosten erstattet; in den übrigen Fällen einer plurispetitio aber der Kläger zum dreyfachen Ersatz des dem Beklagten durch die zu hohe Forderung verursachten Schadens verurtheilt werden solle [28]). Diese Strafen fallen jedoch heutiges Tages weg [29]). Denn wenn der Kläger entweder in Ansehung der Schuldforderung an sich, oder deren Beschaffenheit nach, wissentlich zu viel bittet (plus re vel causa petit), so muß er dem Beklagten, wenn dieser die wahre Schuld anerkennt, und solche zu leisten bereit ist, alle dadurch erweislich verursachte Schäden und Kosten ersetzen. Bittet er hingegen

27) Der Fall, in welchem Justinian die ehemalige Strafe der plurispetitio beybehalten hat, ist in der *Nov. XV. cap. 3. in fin.* und *cap. 4.* enthalten.

28) Man vergleiche ausser dem angef. *§. 33. in fin. I. de action.* noch *§. 10. I. de except.* und *§. 24. I. de actionib.* Beyde Verordnungen hat *Iac.* CUJACIUS in Observat. iuris Rom. Lib. XII. cap. 21. aus den Basiliken restituirt, sie befinden sich auch in den neuern Ausgaben des Corporis Iuris Rom. *L. 1. et 2. Cod. de plus petition.* Man vergleiche noch *Io. Godofr.* SCHAUMBURG de Constitutionibus Impp. antiquis, iis speciatim, quae in Institutionibus citantur, et in Cod. rep. praelect. omissae sunt. Manip. IV. Obs. 7. et 9.

29) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. XXXVII. cor. 1. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum.* T. I. Fasc. II. Obs. 145.

gegen zu viel in Ansehung der Zeit, so wird der Beklagte von der Instanz losgesprochen, und der Kläger muß die Kosten tragen. Bittet endlich der Kläger zu viel in Ansehung des Orts, so muß er dem Beklagten das interesse loci vergüten [30]).

§. 283.

Clauseln des Klaglibells.

Dem Klagschreiben pflegen übrigens mancherley Clauseln angehängt zu werden [31]), welche aber größtentheils unnütz sind. Auch die sogenannte heilsame Clausel, wodurch man mittelst einer ganz bekannten Formel das mildrichterliche Amt zu imploriren pflegt, hat nicht den Werth, den man ihr nach dem Gerichtsgebrauche gewöhnlich beylegt. Denn da der Richter auf dasjenige, was den gemeinen Rechten gemäß ist, schon von Amtswegen Rücksicht nehmen muß, wenn er auch gleich nicht ausdrücklich darum gebeten worden ist [32]), wesentliche Mängel des Klag-

30) *Cap. un. X. de plus petit.* *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 673.

31) *Casp. a* RHEDEN Diss. de superfluis ineptis et inutilibus libellorum clausulis. *Bremae* 1717. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 79. u. 80.

32) *L. un. Cod. Ut, quae desunt advocatis partium, iudex suppleat. Cap. 6. X. de iudic.* Man vergleiche *Io. Frid.* WAHL Progr. de iustis cancellis, quibus officium iudicis vel ius dicentis in adiuvando actore per libelli interpretationem secund. aequi rationem et ius scriptum Caesar. ac Pontific. circumscribitur. *Goettingae* 1752. J. M. Renners Abhandl. über die L. un. Cod. ut quae des. adv. part. oder von dem richterlichen Erfüllungsamte. Jena 1784. (in *Meditat. ad* SCHAUMBURGII *Princip.*

Klaglibells aber mittelst dieser Clausel nicht geheilet werden können [33]); so erhellet hieraus, daß auch diese sogenannte heilsame Clausel ohne Nutzen ist [34]). Da indessen ihre Einrückung einmal zu dem Kunstmäßigen der Klagschrift gehört, so ist es wenigstens nicht rathsam, solche wegzulassen, zumal da man ihr in der Praxis wenigstens den Nutzen zuschreibt, daß ausserwesentliche Mängel des Klageschreibens dadurch geheilt werden könnten, auch der Richter vermöge derselben darüber erkennen dürfe, was nicht besonders gebeten worden, und was derselbe unaufgerufen nicht zuerkannt haben würde [35]).

cip. prax. iurid.) MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Obs. 146. Gönners Handbuch I. 10. und Höpfners Commentar über die Instit. §. 1240. Not. 1.

33) *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

34) *Io. Baptist Andr.* LOEHLEIN Spec. iur. civ. de otio clausulae salutaris, quo claus. salutaris origo investigatur, effectus a DD. eidem attribui consueti enumerantur, otium denique eiusd. in quov. libello demonstratur. *Wirceburgi* 1752. u. Danz Grunds. des ordentl. Prozesses §. 80.

35) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4364. a. E. Siehe auch den 8. Th. dieses Commentars §. 591. S. 300.

Berichtigungen.

S. 74. Z. 5. ist statt: Besitzer, Beysitzer zu lesen.

S. 244. Z. 20. statt: so kann dennoch lies: es kann aber dennoch rc.

S. 365. Not. 96. ist hinzuzufügen: Man sehe jedoch Martins und Walchs Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß. 1. Bandes 2. Heft. Nr. V. S. 154. ff.

S. 447. Not. 76. Setze hinzu: Zuweilen kann sie jedoch auch eine cautio de iudicato solvendo seyn. S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 299. der zweyten Aufl. und besonders Ge. Heinr. Oesterley über die Caution für die Wiederklage. Göttingen 1805. 8.

Staats-Bibliothek Bamberg

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 3,2

Erlangen 1807

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(3#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439022-1
VD18 10657126-002